Revista Española
de la
Función Consultiva

CONSEJO ASESOR

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría
Presidente del Consejo de Estado

Hble. Sr. D. Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

Hble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

D. José Bermejo Vera
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Joaquín Manuel Sánchez Garrido
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza
Presidente del Consejo de Navarra

Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Ilma. Sra. Dª Concepción Montero Gómez
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. Dª Rocío Guerrero Ankersmit
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN
DIRECTORA
Margarita Soler Sánchez
Enrique F. Fliquete Lliso, Faustino de Urquía Gómez, Asunción Ventura Franch, Carmen Pérez Cascales, Joan Carles Carbonell Mateu, Francisco Camps Ortiz, Vicente Garrido Mayol, José R. Díez Cuquerella, Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà, Federico Fernández Roldán, María Luisa Mediavilla Cruz

Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se resposabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

26

JULIO-DICIEMBRE

2016

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada Impresores*

Maquetación*: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: *1698-6849*

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación 11

Estudios

a) XVII Jornadas de la Función Consultiva

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. *Algunos aspectos clave de la reforma del Procedimiento Administrativo Común y del Régimen Jurídico del Sector Público* 17

JUAN JOSÉ SUAY RINCÓN. *El control de la potestad reglamentaria* .. 45

FELIO J. BAUZÁ MARTORELL. *Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente*..... 89

b) Otros Estudios

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ. *Hacia una reforma de la Carta Social Europea: Propuestas para seguir avanzando en la justiciabilidad de los derechos sociales* 105

PAU MONZÓ BÁGUENA. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario en la doctrina del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*..... 127

Doctrina de los Consejos Consultivos

Responsabilidad Patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA
Francesca Mas Casanova 143
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA
Pablo J. Collado Beneyto 159
CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN
Elisa Moreu Carbonell 165
CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA
Pablo López Paz..... 175
CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
Estela Ramón García..... 183
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
Carlos Yáñez Díaz..... 189

Dictámenes

Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Dictamen 257/2016, de 29 de septiembre, en relación a la revisión de oficio a instancia del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona sobre la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015 respecto de la colegiación de un funcionario interino del Grupo A 195

Consejo Consultivo de Andalucía

Dictamen 358/2017, de 7 de junio, sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de limitación de mandatos 203

Consejo Consultivo de Aragón

Dictamen 38/2017, de 27 de febrero, sobre la consulta respecto de las pruebas selectiva para cubrir 133 plazas del Cuerpo de Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón..... 263

Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

Dictamen 102/2016, de 12 de mayo, sobre el Anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, para la inclusión de medidas de regeneración democrática 283

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

Sentencia de 18 de enero de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) sobre los límites a las facultades de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.
[*revisión de oficio de actos nulos – efectos de la nulidad – buena fe – seguridad jurídica – límites a la revisión de oficio – reintegro de subvenciones*] 317

Sentencia de 4 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) sobre los efectos de la cosa juzgada en el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.
[*revisión de oficio de actos nulos – fuerza de la cosa juzgada – requisitos de la revisión de oficio – seguridad jurídica – procesos selectivos]* 327

Notas Bibliográficas

Recensión del libro: «*Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*»
María Isabel Montserrat Sáchez-Escribano 337

Legislación

Consejo Consultivo de Galicia
Ley 2/2017, de 8 de febrero, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Ordenación
–*Extracto*– 347

Información Institucional

Consejo de Estado 355
Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 356
Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 356
Consejo Consultivo de Andalucía 357
Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.. 357
Consejo Consultivo de Galicia 358
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha..... 358
Consejo de Navarra 358

Autores 361

Consejo de Redacción 365

Instrucciones a los autores 367

Boletín de suscripción 369

TABLE OF CONTENTS

Presentation 11

Studies

a) XVII Conference Consultative Function

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. *Some key aspects of the reform of the Common Administrative Procedure and of the Legal Regime of the Public Sector* 17

JUAN JOSÉ SUAY RINCÓN. *Elaboration of regulations from the perspective of the legal jurisprudence of the Supreme Court* 45

FELIO J. BAUZÁ MARTORELL. *Verbal contracts and illicitly obtained income* 89

b) Other estudies

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ. *Towards a reform of the European Social Charter: proposals to continue making progress of the enforcement of social rights* 105

PAU MONZÓ BÁGUENA. *The patrimonial responsibility of the Public Administration in the health field: the Doctrine of the judicial Advisory Council of the Valencian Community* 127

Doctrine of the Consultative Councils

The patrimonial responsability of the Public Administration due to public contractors and concessionaires activity

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF CATALONIA
Francesca Mas Casanovas 143
LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF VALENCIAN COMMUNITY
Pablo J. Collado Beneyto 159
CONSULTATIVE COUNCIL OF ARAGÓN
Elisa Moreu Carbonell 165
CONSULTATIVE COUNCIL OF GALICIA
Pablo López Paz 175
CONSULTATIVE COUNCIL OF PRINCIPADO DE ASTURIAS
Estela Ramón García 183
LEGAL ADVISORY COMMISSION OF THE COMMUNITY OF MADRID
Carlos Yáñez Díaz..... 189

Interesting Opinions

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF CATALONIA

Opinion 257/2016 of the 29th of September on the ex officio review at the request of the Barcelona Bar Association on the declaration of null and void of the Agreement of December 15th from 2015 concerning the appointment of an official A Group..... 195

CONSULTATIVE COUNCIL OF ANDALUCÍA

Opinion no. 358/2017, of June 7th, on the Proposition of Law of modification of Law 6/2006, of October 24th, of the Government of the Autonomous Community of Andalusia, regarding the limitation of mandates 203

CONSULTATIVE COUNCIL OF ARAGÓN

Opinion no. 38/2017, of February 27th, on the file relating to the consultation regarding the selective tests to cover 133 seats of the Auxiliary Body of the Administration of the Autonomous Community of Aragon 263

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF MADRID

Opinion 102/2016, of May 12th, on the Preliminary draft of reform of the Statute of Autonomy of the Community of Madrid, for the inclusion of measures of democratic regeneration 283

Case-law

SUPREME COURT

Judgment of January 18th, 2017 (Contentious-Administrative Chamber, Section 4) on the limits to the powers of ex officio review of null and void acts.
[*ex officio review of null acts – effects of nullity – good faith –legal certainty – limits on ex officio review – reimbursement of subsidies*] 317

Judgment of May 4th, 2017 (Contentious-Administrative Chamber, Section 4) on the effects of res judicata in the ex officio review procedure of null and void acts.
[*ex officio review of null acts – force of res judicata – ex officio review requirements – legal certainty – selective processes*] .. 327

Biliographical

Review of the book «*Las barreras electorales. Gobernabilidad* versus *representatividad*»
Mª Isabel Montserrat Sánchez-Escribano 337

Interesting Regulations

Council of Galicia
Law 2/2017, of February 8th, on Fiscal, Administrative and Ordination Measures
–Extract–..... 347

Institutional Information

Council of State 355
Council for Statutory Guarantees of Catalonia 356
Legal Advisory Commission of Catalonia 356
Consultative Council of Andalucía 357
Legal Consultative Council of Valencian Community 357
Consultative Council of Galicia 358
Consultative Council of Castilla-La Mancha 358
Council of Navarra 358

Authors 361

Editorial Board 365

Instructions for the authors 367

Subscription bulletin 369

PRESENTACIÓN

El presente número de la *Revista Española de la Función Consultiva*, da difusión a los contenidos de las Jornadas de la Función Consultiva. En esta ocasión las páginas de la publicación dan a conocer algunas de las ponencias que se dictaron en el marco de las XVII Jornadas de la Función Consultiva, que a finales de octubre de 2016 se celebraron en Granada, organizadas por el Consejo Consultivo de Andalucía.

En el apartado de Doctrina Comparada, se analiza una cuestión siempre candente en el ámbito de la responsabilidad de la Administración, y a la que los Consejos nos hemos acercado de manera no siempre coincidente: la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando la actividad por la que se reclama ha sido desarrollada por un contratista o un concesionario de la propia Administración.

En los apartados otros estudios, jurisprudencia, notas bibliográficas, legislación e información institucional se nos acerca a algunas cuestiones de gran interés para el conjunto de operadores jurídicos y especialmente para quienes nos dedicamos a la función consultiva.

Valencia, septiembre de 2017

Estudios

XVII Jornadas de la Función Consultiva

Granada, 27-28 de octubre de 2016

ALGUNOS ASPECTOS CLAVE DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DEL REGIMEN JURIDICO DEL SECTOR PÚBLICO*.

Francisco López Menudo
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
Académico numerario de la Real Academia
Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. SOBRE LAS "RAZONES" DE LA REFORMA.
III. OTRA "GRAN RAZÓN" PARA UNA REFORMA: EL CONTENIDO DE LAS LEYES.
IV. EL LEGISLADOR CREA DOS NUEVAS LEYES QUE ABSORBEN TODA LA MATERIA REGULABLE ¿POR QUÉ NO OTRA SOLUCIÓN?
V. QUÉ SIGNIFICA QUE UNA NORMA SEA "COMÚN".
VI. UN *EXCURSUS* NECESARIO: LOS CONCEPTOS DE RÉGIMEN JURÍDICO Y DE PROCEDIMIENTO.
VII. LA IRRUPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.
VIII. EL CRITERIO DELIMITADOR UTILIZADO POR EL LEGISLADOR DE 2015: RELACIONES *AD INTRA* Y RELACIONES *AD EXTRA*.
IX. REDISTRIBUCIÓN DE MATERIAS ENTRE AMBAS LEYES.
X. EPÍLOGO.

Me vienen a la memoria las bellas rimas recitadas por Gerardo Diego a sus amigos de Santander con ocasión de su marcha a su nueva cátedra de Instituto en Salamanca. En ese emotivo *"Brindis"* decía: «*Amigos, quisiera ahora deciros muchas gracias, y sentarme…*», añadiendo el insigne poeta: «*...pero sin ripios*». Por mi parte, del mismo modo quisiera iniciar y concluir estas palabras preliminares con unas someras "Gracias"; y empezar sin más mi discurso sobre el tema que me ha traído aquí. Y ello por la simple razón de que no puedo utilizar las palabras al uso de gratitud y de cortesía, porque se me agolpan otras que guardan hilo directo con la

* Conferencia inaugural. Dictada el día 27 de octubre de 2016

emoción. Es cierto lo que digo pues lo que siento al estar aquí en este Consejo Consultivo de Andalucía es la sensación de estar en mi casa. He pertenecido a este Consejo durante ocho años (desde su creación hasta 2002), he vivido aquí muchas horas y guardo en mi mente fidelísimo recuerdo de mis compañeros los consejeros (de los vivos y especialmente de los que se fueron), de sus excelentes letrados, todos ellos mis amigos; como también lo han sido todos y cada uno de los miembros de este ejemplar personal de administración y servicios.

Ciertamente, he pasado por este Consejo en una gran etapa e incluso he compartido durante años la labor consultiva con quien hoy es su Presidente, mi querido compañero Juan Cano Bueso a quien agradezco las cálidas palabras sobre mi persona que acaba de pronunciar. Digo que estuve aquí en una gran etapa, porque es lo que suele ocurrir en la vida inicial de las instituciones; aunque más exactamente debo afirmar que fue este Consejo el que pasó por mí. A la postre, los hitos de nuestra historia personal vienen marcados por media docena de fechas, a lo sumo; esas que nunca se van de la cabeza. Puedo decir con toda sinceridad que, en gran medida, mi tiempo histórico lo mido por lo que me sucedió antes, durante y después de mi estancia en el Consejo Consultivo; otros acontecimientos y vivencias, aun siendo objetivamente relevantes no me dejaron sin embargo tan indelebles señales en la percepción del tiempo vivido; y tan es así que aún en la actualidad, pasados ya quince años desde aquella experiencia, cuando me llegan noticias del Consejo, sus dictámenes, memorias, actividades…. la concentración se me fuga dejando su hueco a la añoranza. Siempre es así y ya no creo que el síndrome tenga cura.

En fin, gracias; y empiezo.

I. INTRODUCCIÓN.

A comienzo de este mismo mes entraron en vigor las Leyes 35 y 40/2015. Desde que vimos el Informe de la CORA y los dos Anteproyectos con los que el Gobierno pretendía hacer la reforma administrativa, todo comenzó a ser un "deshojar la margarita". La doctrina, dividida en dos bandos; los que creyeron que las leyes saldrían adelante, entre los que cuento a mi discípulo Humberto GOSÁLBEZ, que fue el primero –que yo sepa– que se embarcó en la arriesgada empresa de dirigir una gran obra colectiva que versaría sobre lo que entonces era una incierta iniciativa legislativa. Y en la otra parte, los escépticos, los no creyentes en la posibilidad de que fueran alumbradas estas Leyes 39 y 40/2015; (entre los que yo me encontraba). Nos hemos equivocado los escépticos; y premio merecen quienes creyeron lo contrario.

Reconozco deportivamente la derrota pero tengo para mí que si no se hubiera producido la crisis institucional, la parálisis gubernamental y parlamentaria que hemos vivido en los últimos 10 meses, quizás estas dos leyes no hubieran llegado a la orilla del 2 de octubre de 2016, quizás hubieran desaparecido durante el tiempo de su larga *vacatio.* En suma, creo que la crisis política ha sido el "salvavidas" de la reforma.

Ciertamente, muchos estábamos convencidos de que la tramitación de los Proyectos no alcanzaría la meta del BOE, estando como estaban en su pleno hervor otros asuntos verdaderamente importantes para la Nación en el plano constitucional, económico y social, y con unas elecciones generales en puertas (las de Diciembre de 2015). Pero la verdad es que con sorpresa veíamos cómo la tramitación de los Proyectos corría y corría, impulsada como por un frenesí nunca visto (o acaso parecido al que alumbró a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, todavía vigente, aunque ya casi tocando su postrimería). Como dijo el poeta Virgilio, *Tempus fugit.*

De esta sorprendente premura pueden dar idea algunos datos. El tiempo de tramitación parlamentaria de ambos proyectos fue de dos meses. Al Proyecto de la que sería la Ley 39/2015, fueron presentadas en el Congreso 258 enmiendas; y sólo 20 fueron aceptadas. De esas 20 aceptadas 13 eran del partido en el Gobierno. En el Senado se presentaron 380 enmiendas y ninguna de ellas fue aceptada. El trámite de aprobación en el Congreso se hizo en una sola sesión; y no por el Pleno, sino en Comisión con competencia legislativa plena. Ambos proyectos estuvieron colgados en una página web, pero sólo en sus versiones iniciales. No ha habido debate público; se ha prescindido, por tanto, de la opinión de los especialistas, de la Comisión General de Codificación, de las observaciones del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado. Por tanto, escasa gloria pueden lucir las referidas Leyes en cuanto al punto de vista de la transparencia y, del contraste de pareceres. Muchos nos preguntábamos cual era la razón política de esa fiebre; cual su finalidad en tan desfavorable coyuntura social, tan impropia para dar acogida serenamente a algo que no formaba parte de las preocupaciones de los españoles en tal momento; antes al contrario los Proyectos en marcha molestaban más que agradaban. Y, desde luego, cómo era posible que la tramitación fuera "a galope tendido" sin dar a la comunidad científica –como también ocurrió en 1992– la oportunidad real de emitir su opinión sobre el contenido de unas normas tan nucleares.

No es extraño por ello que en estos últimos meses muchos autores, (algunos sin ni siquiera haber entrado en el fondo de las nuevas regulaciones), hayan expresado críticas muy duras, incluso sarcásticas en algún caso. Así, ha sido frecuente leer o escuchar que estas leyes han sido innecesarias; que no introducen innovaciones significativas; que han dejado intactas las carencias más relevantes que mostraban las leyes derogadas; que hubiera bastado con hacer algunos añadidos a la Ley 30/1992 evitando ponerlo todo patas arriba. También se ha dicho y con toda razón que con el cambio de numeración de su articulado, destrozan la cultura jurídica acumulada sin ventajas a cambio. En fin, se acusa a sus autores de no haberse resistido al *"glamour"* de pasar a la historia como padres de una reforma sobre el meollo del Derecho Administrativo sin haber dejado una huella justificativa de este protagonismo. Algunos autores son más conclusivos pues dicen que lo mejor que podría hacerse con estas Leyes es derogarlas. Y otros afirman con mordacidad que estas leyes sólo han beneficiado a editores y libreros, que estarán celebrando lo que dijera *Von Kirchmann*: «*dos palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura*».

Bien. Al menos por mi parte, las críticas genéricas a dichas Leyes se quedan aquí. Ningún juicio más sobre sus circunstancias externas. Valga añadir no obstante, un par de reflexiones.

En primer lugar, hay que agradecer al legislador que no haya arremetido contra los Consejos Consultivos Autonómicos, como propugnaba el informe de la CORA. Éste venía a decir que podrían desaparecer perfectamente como medida de ahorro, pues para hacer informes en materia de responsabilidad patrimonial, eso lo podía hacer directamente el Consejo de Estado, sin necesidad de crear tanto aparato. No me recato en decir que se trata de una afirmación de las más desgraciadas que he leído en los últimos años. La propuesta es sencillamente trivial y disparatada en el contexto actual del Estado de las Autonomías. Y es lamentable que figure en un documento que pasa por ser la "fuente nutricia" inspiradora de la reforma.

En cuanto a que la Ley 39/2015 es prácticamente repetición de la anterior como tantas veces se ha dicho. Es difícil no estar de acuerdo con tales opiniones, pues efectivamente, esta Ley de 2015 sigue manteniendo defectos y carencias en su parte nuclear que se remontan a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, dejándose en el tintero cuestiones tan claves como, por ejemplo, la revocación de actos favorables por razones de oportunidad, la regulación de la vía de hecho, una revisión de la suspensión de los actos administrativos en conexión con los recursos, una nueva y más completa regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, etc., etc. E igualmente es desoladora la contemplación de preceptos clásicos con idéntico tenor literal al que tenían hace ya sesenta años, sobre los que esta reforma «*sistemática, estructural, integral y completa*» de la que ampulosamente habla la Ley 39/2015 en su Preámbulo, ha pasado de puntillas sin hacer apenas ruido.

Pero el problema peor reside precisamente en la sarta de preceptos, tan clásicos como los anteriormente mencionados, en los que sí se introducen innovaciones que *prima facie* pueden pasar inadvertidas. Es decir, alteraciones que aparecen como si el legislador, aplicando el expresivo dicho «*ya que el Pisuerga pasa por Valladolid*» hubiera ido añadiendo al azar las modificaciones –una palabra, un matiz, una nueva causa, un requisito nuevo– que le parecían oportunas según su libre arbitrio, alterando aleatoriamente algunos preceptos mientras que los demás ("los intocados") siguen mudos y pacientes esperando que algún día otro legislador se acuerde de ellos y los actualice y mejore.

Preceptos de esta clase son los que hacen de esta Ley aparentemente "plana" e inocua una especie de campo de minas, lo que aconseja transitar por ella con la ayuda de una guía que señale donde están sus casi ocultas novedades.

* * *

Básicamente, desde dos enfoques distintos puede ser abordado el análisis de esta reforma legislativa:

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 17-43

a) Desde una perspectiva práctica, detectando las novedades más importantes introducidas respecto a la legislación anterior a las que se hará alusión más adelante. Por descontado que es obligado, forzoso, desechar la aventura de abordar en unos minutos tal empresa, ni siquiera meramente glosando cada tema.

b) La otra opción es abstraerse de la casuística y enfocar el discurso hacia una crítica de política legislativa y ordinamental, valorando las opciones del legislador sobre ciertos conceptos claves, así como el criterio que ha seguido para ordenar y ubicar las materias reguladas. Esto es lo que tratamos de hacer aquí.

II. SOBRE LAS "RAZONES" DE LA REFORMA.

La justificación de la necesidad de dichas Leyes –no del por qué de tantas prisas en sacarlas a la luz– es algo que, lógicamente, tratan de explicar en sus respectivos Preámbulos. La justificación "oficial", expresada en dichas leyes, es la que cabía esperar: «*Es necesaria una reforma integral y estructural que permita… racionalizar la actuación de las instituciones y entidades, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad; evitar duplicidades, ineficiencias, complejidad en los procedimientos; evitar la creación de órganos o entidades innecesarios o redundantes; dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado...*» porque el «*panorama resulta caótico*» según dice el legislador en el texto introductorio –ya que no "Exposición de Motivos", como hubiera sido lo correcto– de la Ley 39/2015.

Se trata de una argumentación algo manida y ampulosa, a la que los legisladores nos tienen ya acostumbrados, y que quizás podría ser válida por lo que se refiere a la reforma de la LOFAGE, pero no para toda la operación llevada a cabo. Desde luego, los propósitos que invoca son loables –¿quién se opondría a ellos?– pero cosa distinta es si esas Leyes tienen los mimbres necesarios que permitan alcanzar tan altos objetivos…; y si para hacer lo que hacen ha sido preciso tanto aparato, o sea, una reforma *integral* y *estructural*…

Pues bien, hay que subrayar con un trazo muy fuerte la íntima conexión que dichas Leyes establecen entre el logro de esos objetivos y dos instrumentos cuyo manejo proclaman "a bombo y platillo".

1º. El primero es el "descubrimiento" que, con visible fruición saca el legislador a primer plano como "invento" suyo: la gran división entre relaciones *ad extra* y relaciones *ad intra*, *critérium* este al que atribuye la virtud de ser capaz de ordenarlo todo; la fórmula clave ordenadora de todo el sistema.

Así lo dice expresivamente, con las siguientes palabras:

«*Se propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones* ad extra *y* ad intra *de las Administraciones Públicas. Para ello se impulsan simultáneamente dos nuevas leyes que constituirán*

los pilares sobre los que se asentará el Derecho administrativo español: la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta Ley [39/2015] constituye el primero de estos dos ejes, al establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones ad extra *entre las Administraciones y los administrados*».

Así, la norma será común si regula relaciones *ad extra; y* será de régimen jurídico –por tanto, no común, sino básica– si se trata de relaciones *ad intra.* Aunque más abajo será considerada debidamente la diferencia, conviene tener en cuenta desde ya que procedimiento común y régimen jurídico son dos títulos competenciales del Estado distintos, de potencia muy diferente; o sea, se trata de una cuestión muy seria y que exige, por consiguiente, el tratamiento riguroso que le corresponde. Pues bien, este es el primer gran punto de apoyo de ambas Leyes.

2º. El segundo pilar de la reforma es la "Administración electrónica", casi toda ella convertida en Derecho Común como por ensalmo. Es verdaderamente exagerado el número de menciones a la palabra "electrónica" que aparece en dichas leyes. En la 39/2015 afecta a setenta y siete artículos o sus apartados. Y no afecta a más de ellos porque hay instituciones a las que no llega el "terremoto electrónico": causas de nulidad, suspensión, recursos, etc). Aunque en menor grado también se aprecia la enorme presencia de la electrónica en la Ley 40/2015.

Éste es verdaderamente el punto fuerte de la reforma y no otro. Ambas leyes se vuelcan literalmente en realzar las bondades no ya de su implantación plena, *desde ya*, como "actuación habitual de las Administraciones", sino de integrar la regulación de esta materia en la propia trama de la nueva Ley Común. Insiste una y otra vez en que «*resulta clave contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de las citadas Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Ley 11/2007, de 22 de junio, y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico*», objetivo este que la Ley liga a los más variados principios: eficacia, seguridad jurídica, eficiencia, transparencia…

Esta magna inyección de normativa electrónica en la Ley Común produce un impacto sobre ella realmente telúrico; es como una lluvia de meteoritos que la dejara casi toda ella agujereada. Obviamente, no trato de ignorar la trascendencia de internet en sí mismo, ni descalificar la electrónica por la cantidad de menciones que la Ley haga al sistema. Sería verdaderamente miope quien no viera la nueva realidad que la ciencia y la técnica nos ofrece e incluso nos exige.

Pero el problema es el efecto perverso que esa regulación masiva, plagada de regulaciones menores o remitida a posteriores desarrollos reglamentarios, produce sobre la idea de "Derecho Común", ya que es evidente la necesidad de que este concepto se represente y sea visualizado como un Derecho exclusivo del

Estado digno de tal nombre y categoría. Y claro es, lo primero que hay que preguntarse es si todos y cada uno de esos preceptos referidos a la electrónica insertos en la nueva Ley 39/2015 merecen la consideración de "ley común"; o si las técnicas sobre la electrónica que han quedado tan atrapadas o congeladas por estas leyes ("punto de acceso general", "identificación", "firma", "sede" electrónica, etc.). Más los sistemas informáticos ya adoptados por la Administración General del Estado. Y la gran "prueba del nueve": si todos los preceptos, ahora de carácter común, referidos a la electrónica tienen que ver con relaciones *ad extra*, pudiendo anticiparse ya una respuesta negativa; por ejemplo, una cuestión puramente organizativa como los registros se regula en la Ley 39/2015 mientras que otra constitutiva de una relación *ad extra* pura (la actuación administrativa automatizada) está contenida en la Ley 40/2015.

III. OTRA "GRAN RAZÓN" PARA UNA REFORMA: EL CONTENIDO DE LAS LEYES.

Basta una rápida lectura por los Preámbulos de ambas Leyes para apreciar el gran concepto que el legislador tiene de su propia obra. Por lo que se refiere a la Ley 39/2015 ésta dice que establece: «*una regulación completa y sistemática de las relaciones* ad extra». Ello resulta a todas luces excesivo. Es notorio que la Ley sigue manteniendo defectos y carencias en su parte nuclear que se remontan a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Desde luego, de ambas leyes no puede decirse el aforismo *"De minimus non curat lex"* pues son muchos los aspectos de índole menor que abordan. En cambio, quedan preteridos algunos grandes asuntos cuyo tratamiento sí hubiera justificado la reforma de unas leyes tan centrales para el sistema. Baste citar cuestiones tan claves como la regulación de la vía de hecho; una reconsideración del régimen de la suspensión de los actos administrativos; el régimen de los recursos administrativos; la regulación de fondo de la responsabilidad patrimonial; la posición de la potestad sancionadora respecto al Derecho Penal, la aclaración de una vez por todas del valor normativo o no de las circulares e instrucciones de servicio, etc. etc. También cabría hacer alguna pregunta mordaz: ¿hasta cuándo va a seguir proclamando el legislador en estas leyes tan centrales que no se admiten acciones posesorias contra la actividad de la Administración realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido? (art. 105 LPAC), habida cuenta que esta prohibición dejó de tener sentido –según doctrina abrumadoramente uniforme de los órganos de la jurisdicción civil– desde la LJCA de 1998 al haber establecido ésta la vía oportuna para poder reaccionar contra la vía de hecho.

Hay que señalar que esta vertiente de las desidias del legislador de la Ley 39/2015 ha sido objeto de una crítica demoledora. Por no extendernos en exceso sobre esta cuestión importantísima pero en cierto modo lateral para este discurso, valga citar por todas la clamorosa ausencia de una regulación de la revocación de los actos administrativos por razones de oportunidad, omisión que resulta hasta escandalosa dada su reiteración.

Pues bien, aunque ambas Leyes resultan un tanto "planas", sin innovaciones de gran calado, no dejan de ofrecer a lo largo de su articulado modificaciones de interés. No es objeto de este relato hacer un inventario completo de ellas aunque sí es oportuno resaltar las regulaciones nuevas de mayor peso.

Así, además de todo lo atinente a la Administración electrónica, cuyos abundantes preceptos están a caballo de ambas leyes y que merecen comentario aparte, cabe relacionar los aspectos más destacados, distinguiendo los que constituyen "bases" y "normas comunes". Entre las primeras, la regulación de las relaciones interadministrativas, de sus principios rectores y sus técnicas de cooperación; creación del Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local; régimen de los órganos colegiados; bases referidas a los consorcios; regulación de los llamados "medios propios"; regulación de los convenios administrativos; régimen de responsabilidad del Estado legislador. Y entre las regulaciones cualificadas como derecho común hay que resaltar la nueva configuración del sector público institucional, donde resultan incluidas las sociedades mercantiles; las normas referidas a la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria; los derechos y deberes de los ciudadanos; las modificaciones de la regulación del silencio administrativo; el régimen de validez y eficacia de las copias de documentos; las reglas que rigen la notificación de los actos, la regulación nueva de las medidas provisionales; el establecimiento del procedimiento administrativo simplificado; la supresión de las reclamaciones previas a la vía civil y laboral.

Aparte de ello, merecen ser subrayadas las innovaciones que afectan singularmente a la Administración General del Estado, como las siguientes: el reajuste de las competencias y funciones de los órganos de la Administración General del Estado y de su Administración periférica; el régimen particular de sus órganos colegiados; mejoras en el régimen de los Organismos Públicos, en cuanto a su creación, transformación, fusión y extinción; la regulación de las sociedades mercantiles estatales; modificaciones del régimen de las Fundaciones del sector público estatal; supresión de la categoría de las Agencias estatales; y una importante modificación de la Ley del Gobierno que incluye todo lo relativo a la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria.

IV. EL LEGISLADOR CREA DOS NUEVAS LEYES QUE ABSORBEN TODA LA MATERIA REGULABLE ¿POR QUÉ NO OTRA SOLUCIÓN?

El empeño que el Gobierno tenía en aprobar esta reforma, explica que todo lo haya introducido deprisa en un par de recipientes: las leyes 39 y 40/2015. Ellas absorben la materia procedente de un serie de normas importantes, que quedan derogadas: la LOFAGE de 1997 (Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado); la Ley 11/2007 de acceso electrónico; la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, así como sus dos Reglamentos ejecutivos sobre procedimientos en materia de responsabilidad

(RD 429/1993) y del ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993); más otras regulaciones relacionadas en las respectivas Disposiciones derogatorias únicas de las Leyes arriba citadas.

En la Ley 39/2015 se "vierte" –permítase la gráfica expresión– todo lo que se considera Procedimiento Común, en el que se incluye la materia electrónica; y los procedimientos para tramitar expedientes sancionadores y de responsabilidad patrimonial. Y la Ley 40/2015 contiene dos regulaciones diferentes: el *corpus* de lo que fue la LOFAGE; y las bases de régimen jurídico para todas las Administraciones Públicas.

En fin, puede decirse que con muchos mimbres se hacen sólo dos cestos. Quizás hubiera sido mejor otra solución, más sensata, aunque bien es verdad que no puede dejarse de comprender lo mucho que manda el *tempo político*, la duración de las legislaturas; o sea, cómo todo esto suele condicionar las programaciones lógicas incluso las de medio plazo. Pues bien, la operación reformadora podría hipotéticamente haber seguido, *grosso modo*, las siguientes secuencias, más razonables a nuestro juicio:

1º. Reformar a fondo la LOFAGE, sustituyéndola por otra nueva, y que ésta funcionara sola, sin más añadidos; no parece caber duda de que esto era lo más urgente y lo más hacedero, así como lo más coherente con la operación de adelgazamiento y control del sector público estatal puesto en marcha a impulsos de la CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas);

2º. Reformar la Ley 11/2007 de acceso electrónico, y que funcionara igualmente sola, aunque se le atribuyera en parte la naturaleza de derecho común; debiendo dirigirse, antes que nada, a poner muy a punto a *todas* las Administraciones –grandes y pequeñas– en el uso y coordinación del sistema. Sólo tras este rodaje severo seguiría una fase posterior en la que ya tendrían un mayor protagonismo los deberes de los administrados;

3º. Preparar, con el esmero debido, una reforma de la Ley 30/1992. Y hacerlo con la vista puesta en distinguir netamente –cosa que la actual Ley no hace– el régimen jurídico de los actos para todas las Administraciones Públicas, de carácter básico, y el Procedimiento Administrativo, de naturaleza común. Incluso aún mejor sería la opción de hacerlo en dos leyes separadas, rompiéndose así la inercia de seguir el modelo hasta ahora utilizado, o sea, mezclar los preceptos básicos con los de aplicación netamente estatal, una complicación más del endiablado mundo de la producción normativa en el que estamos sumidos.

Por tanto, quizás hubiera sido más ventajosa la solución de producir paso a paso, cuatro Leyes y no dos –a estas alturas nadie se escandalizaría por el exceso que supondrían dos leyes más– máxime cuando en este caso existen razones de mucho peso. Al cabo lo que importa es estructurar debidamente el ordenamiento jurídico que nos martiriza con leyes interminables, huecas, en las que todo aparece

como un *totum revolutum.* Cuestiones, en fin en las que no es pertinente adentrarse en este momento y mucho menos ante la evidencia de que el tema ya es cosa juzgada. Tenemos dos Leyes y están en el BOE. Es lo que hay.

V. QUÉ SIGNIFICA QUE UNA NORMA SEA "COMÚN".

Esta es una cuestión verdaderamente clave. La CE sólo una vez emplea el término "común". No se refiere por tanto a "bases", ni "principios", ni "legislación básica". Es, por tanto, otra cosa, un título más fuerte, exclusivo y excluyente.

Puede afirmarse que la Constitución lo emplea en su acepción más genuina o "redonda" (como lo hace el artículo 13.1 del Código civil respecto a los derechos forales): «*aplicación general y directa en toda España*»*;* o sea, derecho de eficacia preferente a cualquier otro dentro de una determinada esfera u objeto de regulación.

Como bien sabemos, la Ley tiene tres adjetivaciones que hay que manejar con la debida precisión: Ley Común, Ley Básica y Ley General. Confundir los términos conduce a errar gravemente.

a) La Ley Común siempre es una norma principal que prevalece frente a cualquier otra; es como el Sol, está en el centro del sistema. Es sencillamente inatacable, indesplazable por cualquier otro elemento –valga la figura– de su sistema planetario. Por tanto, la contrafigura de la "Ley común" es la norma "singular" o "particular". Lo común y lo particular nunca pueden colisionar, sencillamente porque operan en espacios distintos. La Ley común tiene acotada su materia propia y ninguna otra ley puede *(rectius*=debe) friccionar con ella.

Como la Ley común, situada en el centro de su sistema, está llamada a convivir con otras leyes particulares, no cabe que ocupe todo el espacio del sistema. De ello resulta que debe ser breve, escueta, de corte imperativo y que sus contenidos deban ser muy principales y por ello resistentes a la erosión del tiempo. Valga decir que la Ley común debe ser clara, sobria y completa. Y, desde luego, susceptible de poder ser cumplida: La *obedecibilidad* es un objetivo que en una Ley común no puede faltar.

En suma, la figura de la Ley común debe caracterizarse por su esencialidad, su imperatividad; y por su autosuficiencia para regular plenamente el supuesto de hecho, sin remitirse a ulteriores desarrollos legales o reglamentarios.

Pues bien, no se aprecia que estas virtudes hayan sido valoradas en la Ley 39/2015. Como primera muestra, valga la cita de su Disposición Final Sexta que habilita

«*al Consejo de Ministros y al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas*… [Una habilitación per saltum] *para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley*».

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 17-43

Una precisión más. En tanto respeten la Ley Común, tanto el Estado como las CCAA pueden dictar sus propios procedimientos para la gestión de las correspondientes competencias asumidas. En efecto, como declaró la STC 227/1988 de 29 de noviembre,

«*sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del ´procedimiento administrativo común´, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.ª–, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa* ratione materiae. *La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta incumbe también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias*».

En suma, como dice la doctrina alemana, «*el procedimiento sigue a la materia como la sombra al cuerpo*». De hecho, existen cientos de procedimientos, por no decir miles; y estas son las leyes "singulares" o "particulares" antes mencionadas. Por consiguiente, impropio, incorrecto, sería decir que son "Leyes especiales", existiendo, como existe, una ley Común (que no General). En conclusión, la ley común, es, de todo punto, insusceptible de desarrollo ni desplazamiento. Es una competencia del Estado exclusiva y excluyente.

b) La ley *General*, en cambio, nace con la natural aptitud de poder ser desplazada, eclipsada, por una Ley *especial*, en cuyo caso la ley General sólo podría ser aplicada supletoriamente. Bien conocemos el viejo brocardo: *lex specialis derogat generalis*.

Por ello, no se entiende por qué estas Leyes de 2015 hablan a veces de ley Común y ley General, indistintamente; y dentro de lo Común hablan de "Principios básicos"; y aluden a las "normas especiales" cuando se trata de normas particulares.

Hay que decirlo con la mayor contundencia: no hay sinonimia válida en todo esto; no es válida la confusión de tales conceptos; es absolutamente desechable este lenguaje… y no por un prurito esteticista, de exquisitez jurídica, sino porque ello tiene unas consecuencias políticas y jurídicas enormes.

c) La "ley básica", las "bases", los "principios básicos" –me refiero señaladamente a las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas"– constituyen una categoría propia y distinta a las anteriores. Son por definición susceptibles de desarrollo autonómico; es más, el desarrollo es su complemento lógico y cuasi-necesario en un sistema políticamente descentralizado como el nuestro. Pero ese desarrollo no quita vigor alguno a tales bases, o sea, no desplaza ni eclipsa a la ley básica, a diferencia de lo que ocurre en el binomio "general-especial".

Pues bien, como conclusión a cuanto se acaba de exponer puede afirmarse que las características o cualidades propias de una norma común, no son, lamentablemente, las que pueden predicarse de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, sino más bien todo lo contrario.

En efecto, la Ley está plagada de preceptos premiosos, de ordenaciones de segunda fila o de detalle, de previsiones de difícil o imposible cumplimiento, de remisiones a normas secundarias y de preceptos que más bien parecen de *soft law,* o en los que el legislador parece no tiene claro qué tipo de norma tiene entre manos… Ante tal desaguisado cabe incluso preguntarse si el legislador ha operado con exacto conocimiento de lo que debe entenderse por "Ley común" pues las Leyes que nos ocupan son absolutamente desconcertantes al respecto; desajustes que provenían en buena parte del Informe de la CORA; y las propias Leyes 39 y 40/2015 contienen equívocos análogos que desvirtúan el sentido puro y neto que tiene la noción de lo "común". Pero la verdad es que en otras partes de su texto –como si hubieran sido escritas por otra mano– la idea de lo común queda contundentemente definida. La máxima y más importante muestra es la contenida en la Disposición adicional primera de la propia Ley ("*Especialidades por razón de la materia")*, que acierta a configurar el significado de lo común, aunque de manera oscurísima, indirecta y técnicamente deficiente… Aunque acierta. Dice así:

«*Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que* ***no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos*** *se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales*» [debería decir "particulares", no "especiales"].

La formulación es acertada, aunque se omita –increiblemente– la palabra "común". Quiere el precepto decir, *a contrario sensu*, que los trámites que están regulados en esta Ley común tienen que ser respetados en todo caso por todos los procedimientos que existan, si tales procedimientos contemplan los *mismos* trámites contenidos en ella (…y esto es verdaderamente lo que caracteriza a una ley común). A la Ley sólo le falta haberlo dicho más claro.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 17-43

Por tanto, los trámites que no se contemplan en la Ley común (relación de expropiados, pago del justiprecio, adjudicación del contrato, tanteo o retracto, aceptación de condiciones… y un largo etcétera donde puede haber cientos de trámites *sui generis*) se regirán por sus normas particulares, normas que pueden convivir perfectamente con el Derecho común.

Por otra parte, ahora el legislador se ha empeñado en proclamar que para la creación de ese universo de trámites particulares –al menos para los más principales– es condición *sine qua non* que sean establecidos por Ley. Así lo proclama su artículo 1º:

«*2. Sólo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.*»

O sea, que establece una *reserva de ley general* en lo que ha sido siempre campo propio del juego de los reglamentos; medida esta que abre una línea de discusión intensa, pero que hemos de abandonar aquí pues a la postre no llega a incidir en el concepto de derecho común. Se tratará, por tanto, de normas particulares con necesario rango o valor de ley. Simplemente eso.

Ahora bien, una cosa es que el legislador demuestre saber –aunque de forma tan tortuosa– lo que supone que una norma sea común y otra muy distinta que luego: a) convenza del por qué a unas normas las califica como derecho común y a otras no; b) demuestre que cada precepto cumple realmente con la imperativa premisa de que si se proyecta *"ad extra"* será común; y si se proyecta *"ad intra"* sólo tendrá carácter básico… pues una cosa es trazar en abstracto la línea divisoria entre lo que debe o no ser común y otra cosa es ser consecuente con tal criterio a la hora de ubicar los preceptos en cada parte del tablero. Y aquí es donde el legislador de 2015 ha patinado estrepitosamente, a nuestro juicio.

VI. UN *EXCURSUS* NECESARIO: LOS CONCEPTOS DE RÉGIMEN JURÍDICO Y DE PROCEDIMIENTO.

"Régimen" es el conjunto de normas que rige una actividad o una cosa. Concretamente, "régimen jurídico" es la normativa a la que debe someterse una materia en el campo del Derecho; es la **regulación** de una materia, de una institución jurídica, sea en su vertiente orgánica o en su vertiente funcional.

No han sido pocas las Leyes, pasadas y actuales, estatales y autonómicas, que se intitulan como de "Régimen" o "Régimen Jurídico" de algo. Suficiente será recordar como ejemplo la Ley del Suelo de 1956. La Ley de Régimen Local de

1955 contenía un amplio título V, rotulado "Del régimen jurídico" en el que se contenían muchas regulaciones sustantivas referidas a los actos administrativos (revocación de actos, suspensión de acuerdos, rectificación de errores, ejercicio de acciones, deber de resolver, silencio administrativo… incluso reclamaciones previas a la vía civil y el recurso de reposición; notificaciones, computo de plazos y la regulación de la responsabilidad, etc).

Pero hubo una Ley que "se apropió" del concepto: fue la Ley de "Régimen Jurídico de la Administración del Estado" de 1957. No es ello extraño dada la época en que surgió, en un contexto donde la Administración del Estado era tan preponderante; así fue considerada como la "Ley de Régimen Jurídico" por antonomasia.

La gran paradoja es que en verdad no era una ley de "régimen jurídico" digna de tal nombre, pues su contenido se reducía a regular la estructura, y sólo la estructura, de la Administración Central del Estado, algo que ha ocupado luego una pequeña parte de la LOFAGE, al igual que ahora regula la Ley 40/2015 en poco más de 20 artículos de los 158 que contiene. (arts. 54 a 80). También contenía dicha Ley de 1957 algunos preceptos –muy pocos– de régimen jurídico propiamente dicho (delegación de atribuciones, relación jurídica entre disposiciones y actos administrativos, actos que causaban estado y el régimen de la responsabilidad administrativa).

Por tanto, lo cierto es que en aquella Ley de 1957 el régimen jurídico de la actuación administrativa quedó huérfano de regulación, a la espera de que otra Ley le diera acogida; y esta fue la Ley de Procedimiento Administrativo que se estaba fraguando por entonces y que apareció un año después: 17 de julio de 1958, agrandándose así la paradoja, ya que la Ley de *Procedimiento Administrativo* de 1958, no contenía en verdad un "procedimiento" propiamente dicho, pero sí fue la que se encargó del régimen jurídico de los actos administrativos. En fin, algo así como si ese par de leyes fueran dos paquetes cuyos rótulos no se correspondieran con sus contenidos.

La conclusión era bien curiosa: la Ley de Régimen Jurídico de 1957 sólo lo era en dosis mínimas; y la de Procedimiento Administrativo sí se ocupó casi en su totalidad del régimen jurídico de los actos, no conteniendo más procedimientos propiamente dichos que el sancionador y el de elaboración de disposiciones. Ciertamente, su Título IV llevaba por rótulo el término "Procedimiento", pero como bien sabemos no contenía un genuino procedimiento sino una serie de regulaciones sobre algunos trámites típicos, ordenadas como si de un procedimiento se tratara, es decir, siguiendo las secuencias lógicas de iniciación, desarrollo y terminación.

El legislador de la LPA de 1958 sabía muy bien que el régimen jurídico de los actos, de los trámites, era, conceptualmente, algo muy distinto y de mayor fuste que el "procedimiento administrativo". El régimen era la fuente, el caudal; el procedimiento sólo el cauce, los hitos del camino, sólo un itinerario conducente a la

producción de resoluciones: «*el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa*», decía su Exposición de Motivos.

El procedimiento administrativo es sólo un *iter*, diseñado por el redactor de la norma procedimental valiéndose de la panoplia de figuras o trámites que el Derecho Administrativo ha ido creando y depurando en el decurso histórico. Este itinerario sirve para producir actos pero no para *regular* el contenido de tales trámites ni el régimen jurídico de dichos actos; de esto han de encargarse las leyes y los reglamentos. Por tanto, régimen jurídico y procedimiento son dos categorías netamente diferentes.

La LPA, con su encomiable precisión, acertó hasta en su propio rótulo: Se intitulaba como Ley *de* Procedimiento Administrativo; es decir, Ley referida al Procedimiento Administrativo como categoría jurídica. Por tanto, desde su propio título ponía sobre aviso de que su pretensión no era la de erigirse en la Ley reguladora de un supuesto procedimiento único y superior. Contrasta por ello con lo que sugiere el pretencioso título de la Ley 39/2015: "Ley *del* Procedimiento Administrativo Común", como si realmente existiese *un* supuesto procedimiento común concreto y determinado, o sea, operativo por sí mismo para gestionar algún tipo de asuntos o todos los asuntos en general.

Es más, el legislador de 1958 era perfectamente consciente, y así lo confesaba en dicha Exposición de Motivos, de que el grueso de la Ley se ocupaba del régimen jurídico de los actos administrativos pero que lo juntó todo –régimen jurídico y procedimiento– por la simple cuestión práctica de que los funcionarios y administrados manejaran un solo texto del contenido más amplio posible. Y a todo este conjunto le llamó "Procedimiento Administrativo". O sea, al legislador de 1958 lo que le preocupa es una ordenación racional, diríamos que didáctica, de toda la materia, y por ello le resulta indiferente regular el régimen de la notificación, de los informes, el silencio administrativo, la vía de apremio, etc. dentro o fuera del marco del *iter* procedimental *stricto sensu*.

Como queda dicho, la propia Exposición de Motivos explica esto con absoluta sencillez: «*Aunque cuando la Ley conserva la denominación tradicional, comprende, además del procedimiento en sentido estricto, el régimen jurídico de los actos, así como otros aspectos de la acción administrativa que con él guardan relación*» y a continuación justifica la mezcolanza con la mayor franqueza: «*Es más que conveniente, aun sacrificando a veces* criterios técnicos *más o menos aceptables, reunir en lo posible nuestra compleja legislación administrativa y ofrecer a funcionarios y administrados un texto del contenido más amplio posible*».

Naturalmente, esta mezcolanza era posible en aquel modelo de Estado, porque entonces Régimen jurídico y Procedimiento eran "indiferentes jurídicos", no tenían trascendencia política ni jurídica, sencillamente porque era un Estado unitario y el poder no estaba repartido. Es más, hablar de norma "común" en aquel contexto ordinamental no tenía sentido pues todas las normas eran comunes salvo supuestos

contados reglados por un *ius singulare.* Sólo cabía la distinción entre "general y especial" lo que no las excluía de la categoría del derecho común.

Con toda propiedad puede decirse que la Ley de 1958 no quiso que el procedimiento que diseñaba fuera común, sino general, como así fue. Y también se puede afirmar que en aquel momento histórico no resultaba necesario que la Ley hiciera declaraciones enfáticas sobre su propia naturaleza o alcance. Todo lo que regulaba el legislador tenía en principio el alcance de lo común u obligatorio para todos, salvo que el legislador mismo (o sea, el *mismo legislador* pues sólo había uno) dispusiese otra cosa.

Que no pretendía ser una ley común era algo confesado por la propia LPA en su Exposición de Motivos y que resultaba claramente de su artículo 1º. La Ley sólo explicitaba que era común en dos aspectos: el silencio administrativo y el sistema de recursos. Y las demás regulaciones señeras contenidas en la Ley (validez de los actos, eficacia, motivación, ejecución forzosa, etc) esas eran intocables, no sólo porque no existía ninguna otra fuente legiferante, sino porque se tenía entonces la convicción, sentida de la manera más normal, de que eran elementos conformadores del ordenamiento, piezas indispensables de un sistema jurídico estable, a salvo de toda discusión. Una convicción hoy desaparecida hasta para aspectos mucho más importantes del sistema y el orden jurídico.

Por consiguiente, la conclusión es que hay que añadir otra paradoja: La Ley de Procedimiento Administrativo, salvo en lo relativo al silencio y a los recursos, no era una Ley común, sino una Ley general que jugaba su papel en defecto de otras normas especiales; naturalmente siempre que éstas existiesen como tales porque el legislador estatal lo hubiera así dispuesto.

VII. LA IRRUPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

La aparición de la Constitución conllevó la necesidad de repartir el poder, delimitar las competencias y convirtió estas cuestiones, antes inocuas, en focos de tensión. En efecto, ahora ya no era indiferente, como sí lo era antes de la Constitución, que las instituciones estuviesen reguladas en unas leyes u otras, todas ellas del Estado; sencillamente porque había llegado la hora de repartir el poder con otros legisladores autonómicos sobre materia sumamente delicada; diríamos que trascendental para el funcionamiento de la Administración y de este gran sector del ordenamiento jurídico.

La Constitución organizó el reparto de la forma conocida, –art. 149.1.18ª– atribuyendo al Estado la competencia **exclusiva** sobre «*el procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*» así como «*las **bases** del régimen jurídico de las Administraciones públicas...*»

«*...Y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas*»

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 17-43

O sea, una fórmula que no traía causa de la realidad preexistente, pues lo que ofrecían las leyes entonces vigentes eran unos conceptos de "procedimiento" y de "régimen jurídico", absolutamente amorfos, equívocos y engañosos y sin que el "vocablo común" tuviera uso ni peso alguno más allá del que le diera la primitiva Ley de Azcarate de 19 de octubre de 1889 (que en verdad no contenía un procedimiento ni era una ley común en sentido propio).

Paradójicamente, la fórmula no sufrió durante todo el proceso constituyente ninguna modificación. En efecto, un gran dato a resaltar es que en el Anteproyecto de Constitución presentado por la Ponencia, ya aparece la fórmula del texto definitivo vigente. Resulta, por tanto, que ambas fórmulas, plasmadas en el texto constitucional, figuraron ya con el mismo tenor literal en el primer texto conocido, no sufriendo durante el proceso constituyente ninguna modificación ni fueron objeto de crítica alguna. Puede decirse que, raramente, pasaron indemnes por aquel proceloso procedimiento, "como el rayo de sol por el cristal"; es más, las dos únicas enmiendas que se formularon al artículo 149.1.18ª no afectaban a las materias que comentamos, por lo que no hubo discusión alguna sobre ellas sino más bien respaldo por parte de los enmendantes. En este punto es oportuno advertir que el Consejo de Estado, en sus dictámenes 274 y 275/2015 de 29 de abril emitidos sobre los Anteproyectos de los que serían las Leyes 40 y 39/2015 que estamos considerando, contienen no pocas reflexiones sobre el sentido y alcance de estos conceptos con los que el lector podrá ilustrarse, mas teniendo en cuenta que el relato que aquí estamos siguiendo no parte de esos discursos ni necesariamente está conforme con aquellos. Retomemos, pues, el hilo de nuestra "visión" de lo acontecido.

Por tanto, quedaron plasmados en la CE unos conceptos tan sonoros y populares como faltos de definición y de solidez para trazar con ellos la línea divisoria entre las competencias del Estado y de las CCAA. La CE se limitó, prácticamente, a redactar una norma en blanco cuyo contenido posible algunos especialistas podían atreverse a vaticinar con mayor o menor aproximación, pero que al cabo tendría que ser definida o rellenada por obra de la Ley. Pero esta tardó en aparecer catorce años, el tiempo en que estuvo vigente la Ley de 1958 hasta su derogación por la Ley 30/1992.

Durante este espacio inicial de tiempo proliferaron los conflictos constitucionales donde se libraba la encarnizada disputa competencial. Dada la ausencia de Ley tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien se encargara de fijar directamente el contenido de la fórmula del art. 149.1.18ª. ¿Cómo lo hizo?

1º. Comoquiera que los conflictos de entonces versaban mayormente sobre aspectos orgánicos o estructurales, la tendencia del TC fue que en este terreno el Estado y las CCAA compartieran competencias y fue residenciando los problemas y el reparto en el título «*bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas*». Sus pronunciamientos fueron numerosísimos en esta vertiente, de lo que es expresiva muestra la disección que tuvo que hacer de casi la totalidad de los

preceptos de la Ley de Aguas de 1985 mediante su Sentencia 227/1988, tan importante para las cuestiones que aquí nos ocupan. Y toda esa labor de análisis y delimitación de fronteras la hizo aplicando el título estatal sobre "bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas" ex art. 149.1.18ª, con lo cual este concepto fue quedando irremediablemente adherido o asociado estrechamente a los aspectos orgánicos o competenciales.

2º Faltaba la otra operación, o sea, rellenar el concepto de "procedimiento administrativo común". Y aquí fue donde el Tribunal actuó con toda firmeza en el sentido de reforzar la posición del Estado, al proclamar que el procedimiento no había de entenderse simplemente como un *itinerario* o *cauce* sino que incluía otras materias. Así, la STC 227/1988 (Ponente: Jesús Leguina Villa) declaró que, por un lado, el "procedimiento común" incluía: «*la estructura general del iter procedimental*», … y por otro, «*la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento*» (Fto. Jur. 32).

Por tanto, el Tribunal llena de contenidos sustantivos el concepto de *procedimiento común*, "blindando" así a favor del Estado la serie de figuras o instituciones jurídicas relativas a los actos administrativos que por su especial importancia no debían quedar expuestas a los riesgos presumibles si quedasen incardinados simplemente como "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas".

Esta importantísima declaración fue complementada por la STC 50/1999 de 6 de abril, que definió qué era eso del "*iter* procedimental" –del *cauce*– que la sentencia anterior había dejado en el aire. Y resueltamente declaró que en el "*iter*" está comprendido todo lo relativo a la *iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos.* Por tanto, estas dos sentencias, al alimón, construyeron, piedra a piedra, lo que hoy constituye "procedimiento administrativo común" como categoría jurídica.

Por sorprendente que parezca, pese a que el TC ya se lo tenía cocinado y ofrecido "en bandeja", la Ley 30/1992 no se ocupó de estructurarse internamente conforme a esa doctrina, ni de explicitar a boca llena cuáles eran los títulos estatales que la sustentaban y su distinta intensidad. En este sentido, la desidia del legislador de 1992 fue lamentable. Le faltó coraje para proclamar su naturaleza y función. Tibieza, silencios imperdonables, que luego suelen pagarse con creces. Cierto. Esta falta de contundencia, de autoafirmación, ha propiciado que leyes autonómicas hayan proclamado que el procedimiento común es una materia compartida, lo cual es el *summum* del disparate. No hay que rebuscar para encontrar ejemplos; basta citar el que ofrece el Estatuto de Andalucía de 2007 (art. 47.2). Y el "sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas" que corresponde en exclusiva al Estado también ha sido invadido; la Ley 30/1992 reconoce en su Exposición de Motivos, que se trata de un tercer título del Estado pero sin

preocuparse tampoco de expresar en alguna norma la dimensión de tal competencia y, en consecuencia, sin aclarar si las Comunidades Autónomas pueden jugar o no algún papel en esa materia, incurriendo así en una indefinición que sin duda ha facilitado a estas Comunidades la irrupción en un terreno que en principio se consideraba tabú. Sin ir más lejos, el art. 47.4 del Estatuto de Andalucía de 2007 proclama que «*Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*». Ya el nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 había dispuesto en su artículo 159.5 que «*Corresponde a la Generalitat, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para establecer las causas que pueden originar responsabilidad*».

Pero volviendo a las dos referidas sentencias, estas han permitido saber también lo que no es "procedimiento administrativo común" en la Ley 30/1992; y, por tanto, lo que hay que *integrar* en la categoría "bases del régimen jurídico"; y esto es lo que ahora ha sido "volcado" en la Ley 40/2015, junto a la "nueva LOFAGE" que lleva en su seno.

a) Los principios de las Administraciones públicas y sus relaciones (conferencias sectoriales, convenios de colaboración, planes y programas conjuntos).

b) Los principios generales de los órganos administrativos y sus competencias (delegación, avocación, encomienda de gestión, delegación de firma, suplencia, coordinación de competencias, comunicaciones entre órganos…).

c) Órganos colegiados.

d) Abstención y recusación.

e) Ciertos preceptos dedicados a las Disposiciones administrativas. (competencia; inderogabilidad singular).

Los principios de jerarquía y publicidad de las normas han sido llevados a la Ley 39/2015 como Derecho común). Por cierto y de pasada hay que preguntarse qué tendrá que ver el principio de jerarquía normativa con las relaciones *ad extra*...

VIII. EL CRITERIO DELIMITADOR UTILIZADO POR EL LEGISLADOR DE 2015: RELACIONES *AD INTRA* Y RELACIONES *AD EXTRA.*

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional actuó con la pericia del arqueólogo que recoge piezas sueltas y las une. Y con ello ha hecho un gran servicio a la idea de la unidad del ordenamiento jurídico en cuestiones tan centrales, cercenando toda tentativa de los legisladores autonómicos –una inercia irrefrenable–

de añadir retoques, aclaraciones, desarrollos o presuntos mejoramientos de esas regulaciones. Por consiguiente, la revisión de oficio es como es, las causas de nulidad son las que son y los recursos también, así como el deber de motivar los actos tiene sus causas tasadas por la Ley común, etc. etc.

El legislador de 2015 tendría que haber reconocido ese esfuerzo, identificarse con él y haberlo reforzado, ahondando en la misma línea. En suma, tendría que haber proclamado que merece la calificación de "común" lo que teniendo que ver con el procedimiento administrativo como categoría sirva como elemento vertebrador de todo el sistema o porque represente una garantía de la que deban gozar por igual todos los administrados.

Pero no ha sido el rigor técnico la senda escogida, sino el oropel artificioso. Las Leyes 39 y 40/2015 han creado una dicotomía absolutamente simplista: Las "bases del régimen jurídico" se refieren a relaciones internas; el "procedimiento administrativo común" a las externas.

Es, a primera vista, un criterio fácil, cómodo de entender; pero no es riguroso ni exacto; y a la postre es muy perturbador. Dicho sea "en plata": proclamar, como la Ley lo hace, que la *"relación ad extra"* es el criterio clave para definir "lo común" es una frivolidad. Puede servir como noción aproximativa, o para escolares, pero no como un criterio delimitador serio sobre algo de tanta envergadura. Tal criterio no se ajusta plenamente a la realidad; no es exacto. Es seguro que si lo fuera ya estaría inventado desde hace mucho tiempo porque los aplicadores jurídicos, especialmente en los últimos cuarenta años, han conocido y sufrido los sutiles problemas de delimitación que plantean ambos conceptos; o sea, que se trata de un deslinde entre dos grandes categorías jurídicas muy entrelazadas que no puede ser resuelto alegremente con un lema o "de un plumazo" como este legislador de 2015 ha pretendido.

Nuestra apreciación crítica es así de simple: no todas las regulaciones que proyecten sus efectos *ad extra* tendrían que ser calificadas como derecho común; ni todas las internas tendrían que limitarse a ser simplemente "básicas" y por tanto susceptibles de desarrollo. Por ello creemos que el legislador de 2015 ha pecado de ligereza o de ingenuidad. Lo interno y lo externo no son mundos claramente diferentes y separables por una alta y ancha muralla, sino que en la mayoría de los casos, están divididos borrosamente por una sutil membrana sometida a una ósmosis permanente.

La "prueba del nueve" que avala la solidez de esta crítica, es que ese apriorismo – lo *ad intra* y lo *ad extra*– con el que ha querido jugar el legislador le falla en muchos casos a la hora de la verdad, cuando tiene que aplicarlo a supuestos concretos. En efecto, llegados a este punto las preguntas se atropellan. ¿Por qué tal o cual materia se encuentra en una Ley y no en la otra? Responderemos a tales preguntas a través de cuatro ejemplos-testigo en el siguiente epígrafe.

IX. REDISTRIBUCIÓN DE MATERIAS ENTRE AMBAS LEYES.

En aplicación de la distinción entre lo *ad extra* y lo *ad intra* el legislador realiza una redistribución de materias entre ambas leyes, a guisa de un traslado o mudanza de algunos capítulos o secciones, para reubicarlos conforme al nuevo criterio. En términos generales puede decirse que en este trueque de materias sale ganancioso el *procedimiento administrativo común*, si se entiende por ganancia la *cantidad* de materia transvasada, lo que no equivale, obviamente, a mesura y racionalidad, que son virtudes a no perder de vista por una ley común. Como antes decíamos ello mueve a preguntarse cuál sea la razón de ese traslado y cuáles sus consecuencias. Permítasenos plantear algunos de estos casos a modo de cuestiones, incluso como preguntas retóricas con la necesaria libertad formal.

1ª Cuestión:

En la Ley 39/2015, el primer bloque a destacar de normas nuevas es el referido a la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones, que comprende todo el Título VI (arts. 127 a 132).

¿Por qué la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria son calificados en todo caso como relaciones *ad extra*? ¿Acaso todas las normas regulan siempre relaciones con los ciudadanos?... ¿Es que ya no existen las normas puramente organizatorias?

En este Capítulo, ciertamente, hay en él mandatos taxativos a los que no cabría negarles, por su propia condición, el carácter de norma común; tal ocurre, por ejemplo, con la *reserva de ley* o el principio de *jerarquía normativa* expresados en el artículo 128; lo relativo a la publicación de las normas (art. 131); la imposición de una consulta pública previa (art. 133). Pero, salvado esto, el Título aparece lleno de normas *light*, presentadas como "principios", que hubieran encajado mejor como normas básicas –residenciables en la Ley 40/2015–, con lo cual se hubiera evitado esta verdadera trituración de la imagen de lo que debe ser una ley común. Es más, la propia Ley se muestra impregnada de la duda de que esta regulación sea verdaderamente derecho común; y por ello, cuando se refiere a ella modifica su lenguaje y habla siempre de "principios" o de "bases". Baste citar al respecto el artículo 1.1 que al definir el "Objeto de la Ley" describe lisa y llanamente las materias que contiene, a lo cual añade: *"así como los **principios** a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria".*

Además, si nos paramos en los artículos 130 y 132 relativos al deber de los poderes públicos de evaluar la normativa ya hecha y de programar anualmente la que hay que hacer, es difícil no sospechar que estos preceptos tienen pocos visos de ser cumplidos. ¿Y dónde está la imperatividad, la sanción por el incumplimiento? ¿Cómo se pueden hacer normas de derecho Común *imperfectas,* como las calificara el jurisconsulto Modestino?

Hay otra circunstancia que hace aún más llamativa la inclusión de estos preceptos en la Ley común 39/2015. Es importante recordar que, aún vigente la LPA de 1958, el TC dictó la sentencia 15/1989 (Ponente, DIEZ PICAZO) que, desde luego, no pasará a la historia entre las mejores dictadas por el Alto Tribunal, al menos en el punto referido a la competencia estatal para dictar normas sobre el procedimiento de elaboración de reglamentos. Ha de tenerse en cuenta que la sentencia, recaída en los recursos planteados por instituciones de Galicia, País Vasco y Cataluña contra la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se dicta estando vigente la LPA 1958, en cuyo Título VI, bajo el rótulo de "Procedimientos especiales", se regulaban dos de ellos: el de elaboración de disposiciones de carácter general y el procedimiento sancionador. La Sentencia, haciendo una desafortunada contraposición entre las categorías de lo "Común" y lo "Especial" (desde el prejuicio de que lo Común se hallaba contenido en el Título IV, lo cual no era cierto; eran normas *generales*), "desposee" al Estado de legitimidad para dictar normas sobre elaboración de reglamentos, declarando que:

«*si bien el Estado ostenta competencia exclusiva para establecer el procedimiento administrativo común, en el presente caso no nos encontramos propiamente ante el ejercicio de tal competencia. Efectivamente, el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general*».

La consecuencia final de este episodio fue la consabida ausencia absoluta en la Ley 30/1992, ni siquiera en calidad de "bases del régimen jurídico", de toda referencia al procedimiento de elaboración de reglamentos, como caídas en desgracia por llevar el sambenito a cuestas de aquella rotulación como "especial"; un episodio ciertamente lamentable.

Actualmente, bien se ve que el legislador de 2015 ha superado todo complejo al respecto al insertar el ramillete de normas que le ha parecido oportuno no ya entre las "bases" contenidas en la Ley 40/2015, sino en el mismísimo círculo de lo común.

Hecho llamativo es que en esta ocasión las CCAA no hayan reaccionado contra tal medida; será que los tiempos han cambiado.

2ª Cuestión:

Una segunda operación de importancia ha sido la conversión a derecho común del procedimiento sancionador. La justificación es bien socorrida; se invoca la "simplificación de los procedimientos" –el eterno recurso a la "simplificación"– como especie de "ungüento amarillo" válido para cualquier trance. También invoca la Ley la "seguridad jurídica".

Sabemos que el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993 de 4 de agosto) ha venido operando como "norma **general**", dado que juega «*en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas*» (art. 1.1). Pues bien, la Ley 39/2015 incorpora a su texto el procedimiento sancionador pero ya no en calidad de derecho general sino –todo él– como derecho común.

La operación podría considerarse plausible, e incluso brillante (si se parte de defender que este procedimiento tendría que haber sido regulado por el Estado desde siempre) pero sin duda es contraria a las "sensibilidades" de algunos territorios que podrían ver en esta operación una recentralización de competencia antes autonómica. Pero las CCAA no han reaccionado, será, como dijimos anteriormente, porque los tiempos son distintos e interesan otras cuestiones, quizás de más calado político.

Pero lo realmente difícil de entender es por qué la esencia de la potestad sancionadora, sus Principios conformadores, no han pasado igualmente a la Ley común y en cambio son relegados a la Ley 40/2015, como simples "bases de régimen jurídico" y, por tanto, susceptibles de desarrollo por las CCAA. ¿Cómo puede justificarse esto? En la Exposición de Motivos el legislador quiere aclararlo, y dice:

«*De acuerdo con la sistemática seguida, los principios generales de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,* ***en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales****, se regulan en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*».

Nuevamente procede hacer aquí la anotación de que los Dictámenes del Consejo de Estado 274 y 275 de 29 de abril 2015 que precedieron a las Leyes 40 y 39/2015 contienen observaciones relativas a la ubicación "a caballo" de ambas Leyes, de la materia sancionadora y de la responsabilidad. No es pertinente traer a colación dichas observaciones en este contexto, tanto porque ello obligaría a ampliar desmesuradamente estas reflexiones como sobre todo porque dichos dictámenes fueron emitidos sobre los respectivos anteproyectos por lo que buena parte de esas observaciones ha perdido ya sentido.

Pues bien, volviendo al hilo del relato, hay que señalar que la justificación antes transcrita nos parece sencillamente inaudita. Afirmar que la formulación del principio de irretroactividad, de culpabilidad, de legalidad, etc., es incardinable entre los aspectos orgánicos y, por consiguiente, entre las relaciones *ad intra* es una confusión especialmente llamativa. Y la secuelas que eso conlleva, esto es, la de que se trate de formulaciones a compartir entre el Estado y las Comunidades Autónomas (siguiendo la lógica del mecanismo bases+desarrollo) algo verdaderamente inadmisible. Pues una cosa es que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan compartir, por ejemplo, la tipificación de infracciones y sanciones cuando sus competencias incidentes sobre una materia tengan carácter compartido y otra cosa

bien distinta es que puedan concurrir en la definición o formulación misma del principio de tipicidad, de culpabilidad o cualquier otro.

3ª Cuestión:

Tanto o aún más grave es lo referido al «*sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas*» (art. 149.1.18ª CE). Se trata de una competencia plena y exclusiva del Estado, como lo subraya explícitamente la Ley 30/1992.

El Reglamento de los Procedimientos en esta materia (RD 429/1993) declara su carácter de norma **general**, es decir, sin perjuicio de las *especialidades procedimentales que establezcan las Comunidades Autónomas*...lo cual ha venido generando bastante discusión al respecto pues dicho reglamento no deja de ser un elemento normativo desgajado de la Ley 30/1992. Pero la discusión ha sido zanjada, disuelta por la Ley 39/2015, al insertar ésta en el ámbito de lo Común los procedimientos en materia de responsabilidad.

Esta operación plantea problemas de confrontación incluso con algunos Estatutos de Autonomía (por ejemplo, Andalucía, Cataluña) que atribuyen a su respectiva Comunidad competencias sobre procedimiento en materia de responsabilidad. También hemos de decir aquí que dichas Comunidades Autónomas se han aquietado, lo que viene a confirmar la real existencia de un cambio de objetivos y de problemas.

Pero por otra parte, resulta sorprendente que precisamente el régimen sustantivo de la responsabilidad haya sido encasillado en la Ley 40/2015 como normas referidas a relaciones "*ad intra*" y, por tanto, calificables sólo como "normas básicas", y en consecuencia, desarrollables por las CCAA. O sea, que la incardinación de la materia en dicha Ley, con la serie de consecuencias que eso conlleva, conduce derechamente a la ruptura de la unidad del ordenamiento español en esta materia**.** ¡Sobran los comentarios!

Por si el desbarajuste fuera poco, es realmente incomprensible que los preceptos de la responsabilidad patrimonial sean calificados como reguladores de relaciones *ad intra,* cuando se trata del símbolo máximo de la garantía material de los particulares por los daños provenientes de los servicios públicos. ¿Hay algo más externo o *ad extra* que las relaciones jurídicas que surgen de la responsabilidad?

4ª Cuestión:

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos ha operado sin explicar qué título estatal utiliza y por tanto sin distinguir si sus preceptos tienen el carácter de Derecho común o de Principios básicos. Se limita a decir que "en lo que tiene de básico, deja margen a los desarrollos autonómicos". Pues bien, a tenor de su Disposición Final Primera, todos

los preceptos de la Ley son básicos; no hay ni un solo precepto calificado como Derecho común.

¿Qué ha hecho el legislador de 2015? Toda la materia electrónica –con todos sus prolijos detalles– ha sido "vertida" en la Ley 39/2015 con lo cual adquiere la rigidez que es propia del Derecho común. Sólo los preceptos referidos a la "Sede Electrónica" (arts. 10 a 12 de la Ley 11/2007) los ha ubicado en la Ley 40/2015.

Todo lo que antecede nos lleva a la conclusión final de que la lógica de esta distribución entre lo externo y lo interno, división elevada a criterio rector de la reforma, es inencontrable. El "critérium" justificativo de la reforma en cuanto a su plasmación en dos grandes leyes ha sido destrozado "ab initio" por el propio legislador, sencillamente por haber estado más pendiente de llamar la atención con su "ocurrencia" que de haber operado con rigor.

X. EPÍLOGO.

Más que unas Conclusiones, que se desprenden fácilmente del hilo del relato, valga cerrar este discurso con un "Epílogo" que está en línea de continuidad con lo último que venimos de exponer y que al propio tiempo encierra una especie de moraleja o advertencia sobre la veleidades de la política y la precariedad que todo tiene ante el efecto implacable del tiempo. Cómo lo que se defendía ardorosamente hace unas décadas como verdades absolutas, se ofrecen hoy como vagas reglas claudicantes no merecedoras de defensa alguna. Seguramente habrá ocurrido así en todas las épocas, (así se desprende de la célebre advertencia: "Cosas veredes, amigo Sancho, que harán fablar las piedras"), pero sin duda las vemos más a menudo en esta etapa contemporánea por causa de la propia aceleración del tiempo histórico. Sirva para verlo palpablemente el ejemplo que sigue.

Hace veinticinco años, las Comunidades Autónomas de Castilla y León y Cataluña se "rebelaron" por entender que era abusivo que el Estado regulara como *básicos* los preceptos de la Ley 30/1992 referidos a los órganos colegiados en aspectos tales como la figura y el papel del presidente del órgano, los derechos y deberes de sus miembros, las funciones del secretario, el contenido del acta, el régimen de los votos particulares y algunos aspectos más. La STC 50/1999 dio la razón a las Comunidades recurrentes. Pues bien, ahora vemos que la Ley 40/2015, con el mismo carácter de normación básica contiene una prolija regulación del secretario, convocatorias, sesiones, actas…

No deja de ser chocante que aquel celo por la lucha competencial que penetraba hasta en los más recónditos aspectos técnicos del régimen jurídico de los actos haya desfallecido en tan corto espacio de tiempo. No es que sea de lamentar, desde luego, que se haya entrado en este estado de templanza sobre estos particulares. Lo que más importa es subrayar cómo han cambiado las cosas, cómo el abandono de la pelea por estas cuestiones técnicas puede ser indicativo de que los intereses están puestos en otros caminos, en otros objetivos.

RESUMEN

Resulta innecesario, por consabido, subrayar tanto la diversidad de los sectores que son objeto de la acción administrativa como la centralidad que en todo ese complejo ocupa lo que puede denominarse como la actuación formalizada de la Administración, o sea, su modus procedendi y las correspondientes garantías.

Lo más relevante de este régimen básico viene contenido en las Leyes 39 y 40/2015 de 1 de Octubre que con mayor o menor originalidad y ambición regulatoria inciden sobre lo que fue objeto de la Ley 30/1992 y otras de su "entorno" jurídico.

El estudio lleva por título "Algunos aspectos clave de la reforma …" y ello indica claramente que no se abordan problemas concretos de los muchos que serían merecedores de ello, sino cuestiones conceptuales que transcienden de la casuística que ofrecen leyes de tanto espectro. Así, son aspectos cruciales el del critérium seguido para distinguir las normas de "régimen jurídico" y las del "procedimiento administrativo común" dado el distinto peso específico que cada una de estas categorías tiene según establece la Constitución. Y desde esta cuestión realmente medular derivan otras tales como la imperatividad de la que ahora gozan las reglas de la "Administración electrónica", lo que debe entenderse por derecho "Común" en esta materia y la crítica sobre la calificación o naturaleza que el legislador ha dado a ciertas regulaciones al ubicarlas en una u otra Ley de las citadas.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento administrativo común – Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas – Distribución de competencias – Legislación básica.

ABSTRACT

It is unnecessary to underline the diversity of the sectors that are subject to administrative action and the centrality that throughout this complex occupies what can be termed as the formalized action of the Administration, that is, its modus procedendi and the corresponding guarantee.

The most relevant of this basic regime is contained in Laws 39 and 40/2015 of October 1st, which, with greater or lesser originality and regulatory ambition, affect what was the subject of Law 30/1992 and others of its legal "environment".

The study is entitled "Some key aspects of the reform ..." and this clearly indicates that specific problems are not taken in account, of the many who would be worthy of it, but conceptual issues that transcend the casuistry offered by laws of such spectrum. The crucial aspects are the criterium followed to distinguish the norms of "legal regime" and those of the "common administrative procedure" given

the different specific weight that each of these categories has according to the Constitution. And from this really core issue derive other such as the imperativeness that now enjoy the rules of the "electronic Administration", what should be understood by "Common" Law in this matter and the criticism about the qualification or nature that the legislator has given certain regulations by placing them in one or another of the aforementioned laws.

Keywords: Common administrative procedure – Legal Regime of Public Administrations – Distribution of competences – Basic Legislation.

EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

José Suay Rincón
Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Consejero Emérito del Consejo Consultivo de Canarias

Sumario

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO.
II. LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO SU PRINCIPAL NOTA CARACTERÍSTICA.
III. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA (EN PARTICULAR, A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO).
IV. OTRA VEZ, SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTE ESTUDIO: DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.
V. BREVE NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO.

Comencemos por precisar el ámbito al que van a contraerse las consideraciones que siguen y sirvámonos a dicho efecto del propio título que da nombre a este estudio y que contribuye ciertamente a la delimitación su objeto.

Tampoco parece en principio que esta tarea venga a tropezar en este caso con demasiados problemas. Aun cuando, a poco que iniciamos la reflexión, afloran las dificultades. Porque enseguida se percibe que, en efecto, lejos están las cosas de discurrir por aguas tranquilas como pudiera aparentarse, al cobijo de un encabezamiento tan pacífico y neutral como el que hemos empleado.

La propia noción de "control", ya de entrada, requiere mayor concreción y precisa de inmediato un adjetivo que permita su caracterización. Porque es obvio que no vamos a tratar del control político susceptible de ejercitarse respecto de esta potestad. Así como tampoco habremos de referirnos al control de carácter ciudadano o social que igualmente pudiera recaer sobre ella.

Es claro que habremos de centrar nuestra atención en el control jurídico de la potestad reglamentaria y aunque no parece menester añadir nada más para justificar lo que podría parecer incluso una obviedad, es lo cierto que todavía se requieren ulteriores precisiones, porque fórmulas de control preventivo de esta misma índole se manifiestan también en el curso del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

No dejan en efecto de practicarse en su curso trámites encaminados a verificar la legalidad de la norma proyectada, particularmente, los informes que son emplazados a evacuar, sean los distintos servicios jurídicos actuantes en cada caso, sean los órganos consultivos dotados de autonomía orgánica y funcional llamados a intervenir mediante la emisión de su correspondiente dictamen. Esto último, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ciertamente, no siempre acaece, sino en principio solo cuando se trata de reglamentos de carácter ejecutivo; aunque, habida cuenta también de las dificultades por delimitar los contornos precisos de esta modalidad de reglamento, el ámbito de la función consultiva parece haberse extendido no sólo a los que tienen estrictamente la señalada consideración, sino asimismo a los reglamentos dictados en ejecución de las leyes, expresión que parece erigirse con el designio de dar cobertura a un abanico más amplio de supuestos.

De todas formas tampoco ésta es la cuestión concreta sobre la que debamos centrarnos ahora. Por lo que, orillando estas fórmulas de control jurídico preventivo, nos quedaría el "control judicial" de la potestad reglamentaria, que es del que en efecto vamos a ocuparnos en este estudio, un tipo de control que por característica fundamental tiene que se realiza "a posteriori", esto es, una vez, producida la norma reglamentaria tras culminar su procedimiento de elaboración, e incluso después de iniciada propiamente su eficacia, una eficacia que no es tan fácil llegar a reconducir "ex post" justamente, cuando al cabo del tiempo la legalidad del reglamento es puesta en cuestión por los distintos sujetos legitimados a tal fin y los órganos jurisdiccionales son emplazados a realizar su consiguiente pronunciamiento al respecto.

Sirvan estas últimas consideraciones para trasladar nuestra atención hacia el otro de los conceptos manejados en el título de este trabajo para tratar de delimitar su objeto. Porque si hasta aquí, en cuanto a la concreción de la problemática subyacente bajo la expresión "control", las dificultades han podido intentar sortearse, con la delimitación del ámbito propio de la "potestad reglamentaria" y de sus exigencias, surgen problemas de más hondo calado.

¿Qué realidad abarca la potestad reglamentaria? ¿Cuáles son las reglas por las que se rige? A través de la formulación de estos interrogantes se pone de mani-

fiesto el objetivo que persigue las líneas que siguen, que no es otro sino profundizar en el concepto de esta potestad y en su régimen jurídico, a partir del control jurisdiccional que se ejercita sobre ella; aun cuando, como también podrá constatarse, con conciencia de que poco es lo que puede realmente aportarse al respecto, más allá de la sola dación de cuenta del actual estado de la cuestión.

II. LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO SU PRINCIPAL NOTA CARACTERÍSTICA.

En punto al control judicial de la potestad reglamentaria, lo que ante todo interesa resaltar es su principal nota característica desde esta perspectiva. Y así las cosas, hemos de adscribir la potestad reglamentaria al género de las denominadas potestades discrecionales. Seguramente, comparta el hecho de tratarse de la más discrecional de todas las potestades administrativas con la de planeamiento (que no deja a la postre sino de resultar una manifestación también de la potestad normativa, como justamente habremos de confirmar a lo largo de este estudio).

Si es que de una potestad administrativa en verdad se trata la potestad reglamentaria, comencemos ante todo por precisar también este extremo, porque cabe discutir de entrada si es una más de tales potestades o se trata de una potestad cualitativamente diferente.

La polémica descansa sobre la base de que sólo el Gobierno (de la Nación) tiene atribuida constitucionalmente la titularidad de la potestad reglamentaria (artículo 97).

Ciertamente podríamos ahora a venir a matizar el alcance de este dato, porque, incluso permaneciendo dentro de la órbita del Gobierno de la Nación, y de la Administración General del Estado, es un hecho igualmente incontestable que la tienen también los ministros del Gobierno individualmente considerados y hasta determinadas autoridades administrativas vinculadas a dicha Administración.

Lo vino a reconocer con toda claridad el Tribunal Constitucional en su STC 135/1992:

> «*La habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España.*»

Profundizó así el Tribunal Constitucional en la línea expuesta anteriormente en la STC 13/1988. Si en aquella ocasión el Tribunal había dicho más genéricamente que «*era rechazable el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que ésta pueda a su vez conferirla válidamente a otros órganos diferentes*», en la STC 135/1992, el Tribunal

Constitucional entendió de modo más preciso que el titular de la potestad no sólo era el Consejo de Ministros sino que lo pueden ser también los miembros que lo componen y hasta otras instituciones públicas:

> «*Nada hay que oponer, pues, desde la perspectiva del artículo 97 CE al hecho de que el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones.*»

Comparte este planteamiento el Tribunal Supremo. Ya, por ejemplo, en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 RC 4354/1994, a propósito de la potestad reglamentaria del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, afirmó:

> «*Ahora bien, aunque los centros de producción normativa, entre los que cabe incluir al ICAC, no pueden autónomamente dictar este tipo de reglamentos, sí que es posible una habilitación conferida por el legislador para que, dada la especialidad eminentemente técnica de una materia o su versatilidad en el tiempo, que haría difícilmente oportuna, por tardía, la regulación mediante Ley, puedan los mismos promulgar disposiciones fuera de su margen organizativo.*»

Si de lo que se trata, por otra parte, es de concretar si con la atribución a determinadas entidades de la potestad reglamentaria puede ésta llegar a tener efectos *ad extra* que exceden de lo propiamente interno, en la mayoría de las Administraciones independientes su potestad reglamentaria excede de su ámbito doméstico u organizativo. La atribución de la potestad reglamentaria en estos casos no se realiza a efectos puramente internos sin incidencia *ad extra*. Lejos está de ser así.

La cuestión sobre el alcance de la potestad reglamentaria depende del alcance de su norma habilitante. En su Sentencia de 30 de octubre de 2011 RCA 42/2011 así lo vino a declarar el Tribunal Supremo:

> «*El "ámbito de su competencia" es el prius lógico de la atribución de potestad reglamentaria "para establecer regulaciones de carácter secundaria y auxiliar" (...). La referencia al "ámbito de sus competencias", como delimitación previa de la que a continuación establece, es, pues, clave inexcusable para la fijación del sentido normativo y alcance del artículo 110.2 LOPJ.*»

Así, pues, no es la naturaleza del titular de la potestad reglamentaria, sino que son los términos concretos en que se produce la consiguiente habilitación, lo que determina su alcance, esto es, si se limita su eficacia al ámbito meramente interno o si se extiende también al ámbito externo, en su caso.

Ahora bien, pese a todas estas puntualizaciones, el planteamiento inicial con el que abríamos esta serie de consideraciones –a propósito de la singular caracterización de la potestad reglamentaria– no queda desautorizado y sigue siendo válido. Es cierto que algunos órganos y entidades distintas del Gobierno son titulares de la potestad reglamentaria y que su ejercicio puede incluso proyectarse *ad extra*. Pero, aun así, persisten las diferencias entre su reconocimiento al Gobierno de la Nación y a otros órganos y entidades vinculados a dicho Gobierno y a la Administración bajo su órbita. La atribución de la potestad reglamentaria a otros órganos y entidades distintas del Gobierno precisan en todo caso de un apoderamiento legal y además el apoderamiento mismo está sujeto a determinadas exigencias.

Por de pronto, está el hecho mismo de la exigencia de un previo apoderamiento legal, como decimos. El Gobierno (de la Nación), por el contrario, no lo precisa, porque dispone de una habilitación directamente proveniente de la Constitución (artículo 97). Lo mismo que los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, en este caso, por virtud de lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Podrían tratar de relativizarse las diferencias en este punto, partiendo de la consideración de que a partir de la señalada premisa tales diferencias sólo se proyectarían sobre el caso de los reglamentos independientes. Esto es, de lo dicho hasta ahora resultaría que únicamente el Gobierno puede dictar reglamentos independientes, en tanto que dispone de una habilitación directamente dispuesta por la Constitución para dictar reglamentos.

Si fuera ello solo, aunque en un plano meramente conceptual acaso fuera importante este dato, las diferencias en la práctica no serían demasiadas, porque la Constitución está plagada de reservas de ley y, por tanto, como se precisa una interpretación de su artículo 97 acorde con las citadas reservas establecidas en un sinfín de preceptos constitucionales, sigue de ello que en el ámbito material cubierto por tales reservas el propio Gobierno carece de espacio para ejercer su potestad reglamentaria sin la previa intermediación legal, esto es, sin que con anterioridad el legislador haya venido a regular la materia concernida.

Insistimos en que, pese a todo, las diferencias no son irrelevantes. Y aunque se manifestarían ciertamente con mayor claridad si no fuera tan amplio el número de reservas de ley que consagra la Constitución, si se amortigua la relevancia del argumento que acaba de exponerse en el fondo es solo por un dato exógeno al propio planteamiento y configuración de la potestad reglamentaria en sí misma considerada.

Pero es que, además, de cualquier modo, las diferencias entre la potestad reglamentaria cuando es ejercida por el Gobierno y cuando lo es por los restantes órganos y entidades que también la tienen reconocida no se acotan al caso de los reglamentos independientes. También se proyectan en relación con los denominados

reglamentos ejecutivos, porque, tratándose de órganos y entidades distintas del Gobierno los llamados a ejercitar la potestad reglamentaria, el apoderamiento legal no es sólo que constituya en sí mismo una exigencia del todo insoslayable, sino que además dicho apoderamiento ha de ser en estos casos expreso y puntual.

El Gobierno, en cambio, no precisa un apoderamiento puntual y expreso; es más, en rigor, ni siquiera precisaría del apoderamiento mismo, por virtud de una ley, incluso en su ausencia puede intervenir en el caso de los reglamentos ejecutivos, en la medida en que dispone de una habilitación constitucional directa a tal efecto.

Lo que no puede, como ya hemos indicado, es regular por vía reglamentaria una materia sin la existencia como norma primaria de una ley previa, a resultas del juego resultante de las cláusulas de reserva de ley establecidas constitucionalmente. Este es el primero y fundamental de los efectos de tales cláusulas (aunque tampoco el único, dicho sea de paso, porque, en las materias reservadas a la ley, le es exigible a la ley también un contenido material propio, cuya intensidad depende de la configuración misma de la reserva en cada caso, de tal manera que también hay que dar por excluida la denominada "deslegalización" en estos casos). Pero es lo que queremos señalar es que, habiendo dicha ley, no precisa ser emplazado el Gobierno por ella para proceder efectuar su desarrollo reglamentario.

Así, pues, como conclusión, dadas las diferencias en el ejercicio de la potestad reglamentaria que persisten entre la posición del Gobierno y la de los demás órganos y entidades que la tienen atribuida, el interrogante inicial con el que abríamos estas reflexiones sigue vigente y permanece vivo: ¿se trata en verdad la potestad reglamentaria de una potestad meramente administrativa o de una potestad cualitativamente diferente?

En la polémica que venimos desbrozando anida desde luego la cuestión última de si el Gobierno es o no realmente Administración. Esto es, ¿la dirige desde fuera y se sitúa por tanto por encima de ella?, o bien ¿ocupa su cúspide y es su cabeza pero pertenece y se incardina dentro de la propia organización administrativa?

Lejos estamos ciertamente de poder propinar una respuesta cabal a esta sempiterna cuestión siempre polémica. Entre otras circunstancias, ésta es en buena medida la cuestión subyacente al conflicto constitucional que en la actualidad sigue planteado ante el Tribunal Constitucional y que todavía no está resuelto a propósito de la regulación de la potestad reglamentaria que ha venido efectuando el legislador estatal.

Más exactamente, la controversia se sitúa en torno a si sus aspectos básicos pueden ser objeto de regulación por parte de la normativa estatal, en la medida en que el Estado dispone de competencia para regular el régimen jurídico de las

Administraciones Públicas así como el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª de la Constitución).

La normativa estatal vigente hasta hace poco tiempo (Ley 30/1992) prescindió en su articulado de incluir indicación normativa alguna acerca del ejercicio de esta potestad. Pero sí lo vino a hacer, ya con posterioridad, la Ley 2/2011, de economía sostenible, lo que dio lugar a un primer conflicto constitucional, porque la Comunidad Autónoma de Canarias promovió recurso de inconstitucionalidad contra sus artículos 4 a 7, preceptos que contenían los denominados principios de la buena regulación. También, después, limitadamente vino la ley de garantía de la unidad de mercado a efectuarlo en su ámbito propio. Y ahora recientemente lo ha vuelto a hacer con carácter general la nueva normativa estatal básica (Ley 39/2015), propiciando la irrupción de un nuevo conflicto constitucional, si cabe, con más intensidad, porque junto a Canarias se ha sumado también Cataluña en esta ocasión.

El indicado texto legal (Ley 39/2015) en su Título VI no sólo reconoce la necesaria observancia de un conjunto de principios, como hacía antes la Ley de economía sostenible, sino que ahora va más allá y contempla la necesidad de observar igualmente una serie de exigencias durante el ejercicio de la potestad reglamentaria (con la previsión de al menos dos tipos de consultas públicas), en realidad, también, antes (plan anual) y después (evaluación) de ejercitada dicha potestad. Así, pues, no se trata sólo de resaltar la aplicabilidad de los principios propios de la "better regulation" e incluso de concretar su alcance, sino que la regulación ahora es más exhaustiva y desarrolla y profundiza sobre distintos aspectos de la potestad reglamentaria.

Siendo así, un triple orden de reproches parece susceptible de merecer esta regulación. Se aduce, por un lado, que la regulación propuesta agota la materia y deja vacía de contenido por eso mismo la competencia autonómica. Con ser cierto que se incrementa la densidad de la normativa estatal, no lo es sin embargo lo que se afirma. No hay vaciamiento competencial y queda margen y espacio suficiente para que las Comunidades Autónomas puedan diseñar su propio procedimiento de elaboración de sus normas reglamentarias. Se discute también si se puede imponer que la regulación del procedimiento deba venir establecida mediante ley formal. Pero, en fin, la controversia gravita, sobre todo, en torno a la existencia de suficiente cobertura competencial para que el Estado pueda establecer un núcleo mínimo de garantías en el ejercicio de esta potestad.

Y a este respecto se esgrime precisamente y vuelve a asomar la distinta consideración del Gobierno respecto de la Administración, de tal manera que el Gobierno habría de quedar excluido del ámbito de aplicación del artículo 149.1.18º, en la medida en que, de acuerdo con este precepto constitucional, la competencia estatal se contrae al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y al procedimiento administrativo común.

La cuestión en el fondo es si hay competencias estatales más allá de la Ley 30/1992 y a alimentar la duda ha contribuido la falta de previsión alguna por parte de dicha Ley sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y el hecho de que la Ley 39/2015, en cambio, sí haya ahora venir a hacerlo.

Creemos sin embargo que la tendencia apunta en la línea de que no cabe asociar ambos planos y confundir por tanto la materia constitucional –y consiguiente determinación del alcance del título competencial estatal sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º)– y el ámbito legal.

Algunas pistas sobre el sentido hacia el que pueda orientarse la solución de los conflictos planteados resultan de la jurisprudencia constitucional. La STC 50/1999 vino a admitir cierta injerencia por parte del Estado, incluso en aspectos puramente organizativos, al amparo del precepto constitucional que acaba de mencionarse:

> «*El Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas. Esto significa que, en palabras de la STC 227/1988 "la potestad organizatoria (autonómica) (...) para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento" de su propia Administración, no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado. En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización de las Comunidades Autónomas, aunque ciertamente, como veremos de inmediato, no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación.*»

Y más recientemente también ha venido a avalarlo la STC 141/2014, ya antes, STC 130/2013, en sentido similar:

> «*En base a lo expuesto, también hemos declarado que "la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico", ya que "el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derecho e intereses de los administrados" (STC 50/1999, FJ 3). A estos efectos, no debe olvidarse que "el objeto fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es la de*

garantizar a los administrados un tratamiento común ante ellas y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.»

Pues bien, si la competencia estatal sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común alcanza a los aspectos internos, con mayor razón parece plausible su intervención cuando se proyecta sobre un instrumento como el que nos ocupa, el ejercicio de la potestad reglamentaria, de marcada incidencia externa.

Desde luego, no es óbice a ello a la necesidad de calibrar correctamente, en todo caso, el alcance de la habilitación constitucional. En otros términos, distinta de la suscitada hasta ahora es la cuestión relativa al grado de concreción admisible del alcance de las disposiciones básicas; y, desde luego, dudas más consistentes pueden plantearse a este respecto, cuando la regulación establecida por la normativa estatal básica no detiene su proyección sobre la potestad reglamentaria sino que pretende alcanzar también al ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno que se traduce en forma de proyectos de ley, en tanto que una y otra actuación se sujetan de entrada a una normativa común.

En este estado la cuestión, si bien la reciente STC 91/2017 acaba de avalar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley de Economía Sostenible directamente concernidos sobre la materia que nos ocupa que habían sido cuestionados en sede constitucional –después de incardinar tales previsiones en el ámbito de los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general y de proyectos de ley, excluyéndolas del procedimiento legislativo propiamente dicho, y de situar a continuación la cuestión competencial en el marco del artículo 149.1.18º de la Constitución y más exactamente en el título relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas–, tratando así de poner coto a la polémica que antes hemos dejado suscitado, las espadas siguen de alguna manera en alto, ya que tampoco puede dejar de tenerse presente que el aval constitucional recibido se ha efectuado sin obviar la generalidad y escaso contenido normativo de los preceptos a la sazón impugnados.

Así las cosas, habrá que estar, pues, al consiguiente pronunciamiento constitucional sobre las previsiones ahora contenidas en la Ley 39/2015 que proceda, como antes decíamos. En todo caso, tampoco está de más recordar que la STC 91/2017 ha dejado situada la polémica que nos ocupa en torno a lo que califica como una "actividad administrativa típica orientada a la preparación, redacción y elaboración de las normas", que los preceptos impugnados denominan "ejercicio de la iniciativa normativa" y que "considerando además que la actividad normativa de las Administraciones Públicas tiene *per se* incidencia externa, puesto que sus destinatarios naturales son los administrados" y que, por tanto, "la afectación de los

intereses y derechos de éstos es indudable", "nos encontramos ante un ámbito de material propicio a la acción del legislador básico".

III. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA (EN PARTICULAR, A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO).

Sea estrictamente administrativa o no la discrecionalidad de la potestad reglamentaria, reconocida en todo caso la discrecionalidad de la potestad reglamentaria como su principal nota característica, cómo se verifica su adecuación a derecho será la siguiente cuestión que habremos de tratar, en tanto que su fiscalización y control es en efecto la fundamental cuestión que se plantea a propósito de este género de potestades, las potestades discrecionales.

Pues bien, no cabe otra respuesta sino el recurso al empleo de las técnicas de fiscalización que ya nos son conocidas y que están suficientemente asentadas en nuestra cultura jurídica. Aunque discrecional esta potestad, se trate de una potestad administrativa o de una potestad incluso cualitativamente diferente si así llegara a entenderse, en todo caso, no está exenta de los instrumentos de control que proporciona el Derecho.

Y de este modo, hemos de comenzar por indicar que la potestad reglamentaria está sujeta con carácter general a la observancia de las exigencias dispuestas por el ordenamiento jurídico, a las que se refiere, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 2010 RC 945/2009, del modo que sigue:

> «*El reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa. Por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la ley: los reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el reglamento) queda integrada en aquél. Pero la potestad reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las leyes (art. 97 de la CE). Por el sometimiento del régimen al bloque de la legalidad, es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 CE y art. 1º de la LJCA), a la que corresponde –cuando el reglamento es objeto de impugnación- determinar su validez o su ilegalidad. Teniendo en cuenta que nuestro derecho positivo sanciona con la nulidad de pleno derecho a los reglamentos ilegales (art. 28 de la LRJA y art. 62.2 de la LRJAPC, y antes art. 47.2 de la LPA), y que la sentencia que declare ilegal un reglamento tiene eficacia erga omnes (art. 86.2 de la LJCA), adquiere relevancia máxima la labor de los Tribunales cuando conocen de los recursos directos contra los reglamentos. El recurso directo contra disposiciones reglamentarias es un*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 45-88

medio enérgico de control jurisdiccional que mira, fundamentalmente, al interés de la Ley. La relevancia de la labor de los Tribunales, obliga a éstos a tener que poner el reglamento cuya validez se cuestione en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollen), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución. Ello es así porque el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos. Así, pues, el reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos» (STS de 5 de diciembre de 1996, recurso 6600/1992, FD 1º).

En términos más sistemáticos, el conjunto de exigencias materiales y formales a que se sujeta el ejercicio de la potestad reglamentaria por el ordenamiento jurídico se condensan en la Sentencia de 29 de abril de 2009, RCA 132/2007:

«*La actividad reglamentaria está subordinada a la ley en sentido material (artículos 97 de la Constitución, 51 de la Ley 30/1992 y 23 de la Ley 50/1997), en la medida en la que no puede abordar materias que le están reservadas, sin perjuicio de colaborar con ella o de desarrollar sus determinaciones (...)*

Desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 Ley 50/1997), respetando el principio de jerarquía normativa y el de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como a la publicidad necesaria para su efectividad (artículo 9, apartado 3, de la Constitución), según establece el artículo 52 de la Ley 30/1992.

Los límites sustantivos y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el artículo 106 de la Constitución, en relación con el 26 de la Ley 50/1997 y el 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y del resto del ordenamiento, donde se incluyen los principios generales del derecho (interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad, entre otros). Acatados aquellos límites, queda a salvo y ha de respetarse el contenido del ejercicio de la potestad reglamentaria, que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del Tribunal que la controla, como resulta expresamente del artículo 71, apartado 2, de la Ley 29/1998, que, aun en el

supuesto de anulación de una disposición general, nos impide determinar la forma en que ha de quedar redactada la misma.»

Más recientemente, en términos similares, las STS de 29 de enero de 2008 RCA 66/2007 y de 14 de mayo de 2013 RCA 173/2012, que recuerda a tal efecto la 19 de noviembre de 2008 RCA 55/2007, que habremos de citar después.

Así, pues, descendiendo ahora a un mayor grado de detalle, entre las exigencias formales a que se sujeta el ejercicio de la potestad reglamentaria, se sitúan, en primer término, las reglas atinentes a la competencia, de la que ya nos hemos ocupado con anterioridad; aunque todavía cabría agregar otras consecuencias que resultan de tales exigencias, como la prohibición de ejercer esta competencia *per saltum* (STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2002 RCA 2979/1997) y la admisibilidad de que la competencia reglamentaria pueda confiarse a otras entidades en ciertas Comunidades Autónomas, dada su configuración: como es el caso de Baleares, en relación con la competencia reglamentaria de los consejos insulares, la STSJ de las Islas Baleares de 14 de septiembre de 2010 RCA 346/2007.

No parece menester agregar mucho más. Vale la pena poner mayor hincapié, todavía desde la perspectiva de las exigencias formales a que se sujeta la potestad reglamentaria, en aquellas otras que se sitúan en el ámbito del procedimiento de elaboración de estas normas, porque desde luego es mucho el avance dado en este campo, sobre todo, si como referencia nos situamos en el punto de partida, en que incluso apenas tenían relevancia los aspectos centrales del procedimiento reglamentario y de eso no hace tantos años.

Nos referimos, particularmente, al trámite de participación ciudadana, que tradicionalmente venía configurándose como un trámite de carácter discrecional; así como al dictamen del Consejo de Estado, que, incluso cuando resultara exigible, su falta no determinaba la ilegalidad del reglamento. Pone de manifiesto la evolución experimentada en este caso por la jurisprudencia la STS de 17 de enero de 2000 RCA 740/1997, que la SAN de 22 de marzo de 2011 RCA 704/2008 asimismo recoge y de la que se sirve para anular la normativa reglamentaria sometida a su consideración, aunque también por la concurrencia en el supuesto enjuiciado de otros vicios formales, concretamente, la omisión de las preceptivas memorias justificativa y económica del proyecto, a las que habremos después de referirnos.

Ciñendo ahora en efecto nuestras consideraciones a los dos aspectos centrales que antes resaltamos, los avances han sido claros y muy importantes en ambos casos, como decíamos. Y así las cosas, el derecho de audiencia ha pasado a ser considerado un trámite reglado y, además, no limitado solo a las corporaciones, sino en un sentido más amplio (STS de 13 de octubre de 2011 RC 304/2010):

«De la jurisprudencia de esta Sala que esgrime el Sr. Abogado del Estado acerca de que el trámite de audiencia se exige con exclusividad en relación con las entidades que como dice el precepto, artículo 24.1.c) de la

Ley del Gobierno, "por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, habiéndose llegado a diferenciar entre las entidades de afiliación obligatoria y las que responden a un principio de libre asociación para excluir la exigencia del precepto legal en el caso de las últimas" es exponente la sentencia de 24/4/2004, recurso de casación nº 1144/2001.

Y este criterio resulta con toda claridad de la STS de 10/10/2005, recurso nº 69/2003, que se inspira en otras anteriores que cita, y que expresa que se debe "distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto".

Sin embargo, no son escasas las sentencias de esta misma Sala del Tribunal Supremo que matizan esa jurisprudencia. Así la sentencia de 6 de octubre de 2005, recurso de casación nº 31/2003, afirma que "las (asociaciones voluntarias) que personándose en el procedimiento invoquen -y pertenezca a su ámbito socialmente legítimo- que la disposición por su objeto afecta a intereses directos, a cuya defensa se ordene la asociación, podrán comparecer en el expediente y en él tener la participación y garantía que es propia de la audiencia articulada en los arts. 105. a) de la C.E. y 130. 4 de la L.P.A". En idéntico sentido se manifiesta la STS de 12/6/2008 recurso de casación nº 3215/2004. Y en esta misma posición se sitúa entre otras varias la STS de 31/5/2004, recurso de casación nº 1557/1999 cuando manifiesta "que, es verdad, (que) las recurrentes son asociaciones voluntarias que no tienen conferida por la Ley la representación de intereses generales. No obstante, los suyos, se ven directamente afectados por el Decreto impugnado. Y aunque, ciertamente, estas entidades surgen al amparo del artículo 22 de la Constitución, no puede desconocerse que, como a los sindicatos, su artículo 7 les atribuye una especial posición y que la participación en el proceso de formación de los reglamentos es una forma cualificada de hacer valer los intereses que representan". A lo que añade que "no debe suponer especial dificultad para la Administración autonómica (en ese caso) conocer cuáles son las entidades que tienen, no un interés cualquiera, sino uno especial y directo en la materia objeto de regulación, como ocurre con las formadas por quienes se dedican a prestar privadamente un servicio de evidente interés público".

Atendiendo ya al supuesto que nos ocupa las modificaciones que el Real Decreto 1462/2009 introdujo en el precedente Real Decreto 641/2009 en el apartado primero del artículo 47, en la letra a) del artículo 48.2, así como la modificación del concepto control en competición en el anexo de definiciones, y la supresión del término horas de descanso nocturno del

mismo anexo, afectaban de modo directo y esencial a los destinatarios del mismo, a los que debió oírse, como con toda amplitud y buen sentido, la Administración hizo al elaborar el Real Decreto inicial 641/2009.

Ya nos referimos a esta cuestión al examinar lo que ocurrió en la ocasión precedente, donde la audiencia se extendió a numerosas asociaciones voluntarias no solo de deportistas sino también a otras de muy variada índole, todas relacionadas de un modo u otro con el mundo del deporte y la salud en el deporte y en la lucha contra el dopaje en el deporte.

En modo alguno puede justificarse ese distinto modo de proceder en este supuesto en el que resultaba obligado el mismo comportamiento, ya que los cambios en el Real Decreto eran transcendentes, como razonaremos más adelante, y afectaban a cuestiones sobre las que debía oírse a los representantes de los directamente interesados.

Pero es que si eso debe hacerse en todos los casos en que estemos en una situación semejante a la que aquí nos ocupa, tanto más era obligatorio o vinculante para la Administración que impulsaba la reforma del Real Decreto en esta ocasión, ya que había asumido un compromiso concreto que no podía eludir en ese momento.»

Y lo mismo cabe señalar en relación con el dictamen preceptivo llamado a recabarse de los organismos consultivos, en el caso de los reglamentos ejecutivos (SAN de 22 de marzo de 2011 RCA 704/2008, antes mencionada).

Pero es que, además, como adelantamos, junto al reforzamiento de la necesidad de observar estos trámites capitales, el incumplimiento de otras exigencias susceptibles de incardinarse igualmente dentro del procedimiento reglamentario puede dar lugar también a consecuencias anulatorias. Es el caso de la omisión de las memorias requeridas desde el inicio mismo del procedimiento reglamentario junto al texto articulado de la propia normativa proyectada, la memoria justificativa y la memoria económica, como garantía de su acierto, oportunidad y legalidad. La STS de 9 de febrero de 2010 RC 591/2008 dirá:

«*En el caso de autos, las dudas, incertidumbres y preocupaciones existentes en la materia que pretendía ser regulada, según hemos constatado; la posibilidad de opciones diversas en aspectos esenciales de su regulación, cuyo fundamento o razón de ser es además, en grado o entidad no menor que otros lícitos criterios de elección, el estado de la ciencia médica; la percepción de que una de esas opciones pudiera tal vez incidir negativamente en la futura eficacia del sistema de trasplantes; la exigencia de tomar en consideración y de prever todo lo necesario para garantizar un elevado nivel de protección de la salud, así como el derecho de la madre o de la pareja a recibir una información cierta y suficiente; la derivada de ésta de prever también lo necesario para impedir toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa; el estudio ya iniciado*

para la elaboración de un Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical, etc., etc., son algunas de las circunstancias que sólo permiten como conclusión la siguiente: no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones y sobre las importantes decisiones normativas a tomar, hasta el punto de que sin recabarlos no cabe, en este caso, ver, reconocer, que el designio, el propósito, el fin perseguido fuera, como manda aquel precepto, garantizar el acierto y la legalidad del texto.

A modo de ejemplo y por citar sólo algunos, nada justifica a la vista de lo que llevamos razonado que dejara de recabarse el parecer de la Comisión Permanente de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de la que depende la Subcomisión de Trasplante Hematopoyético, órgano asesor para todos los aspectos técnicos relacionados con la donación y el trasplante de progenitores hematopoyéticos, en el que están representadas las principales Sociedades Científicas relacionadas con los TPH, como Hematología, Pediatría, Transfusión Sanguínea, Oncología Médica e Inmunología. O el del Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO), que en nuestro país realiza las búsquedas tanto de donantes de médula ósea como de unidades de sangre de cordón, coordinando la Organización Nacional de Trasplantes en colaboración con él y con los bancos de SCU la obtención y distribución de la sangre de médula ósea de los donantes y de las unidades de SCU de los bancos.

Digamos por fin que la conclusión alcanzada no contradice las razones de decidir de las sentencias que traen a colación las partes recurrentes. De un lado, porque el reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique, como aquí ocurre. Y, de otro, porque aquel escueto expediente administrativo cuyo contenido detallamos al principio, no permite flexibilizar el deber de recabarlos cuando nada hay en él que pueda suplirlos y garantizar, como quiere la norma, el acierto y la legalidad del texto reglamentario en elaboración.»

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005 RCA 165/2002. No vino a deducir las mismas consecuencias la STS de 8 de mayo de 2015 RCA 444/2014 ni la más reciente STS de 5 de diciembre de 2016 RCA 378/2013, ambas recaídas sobre el mismo asunto (becas de estudio); pero es indudable que, sobre todo, esta última ha venido a resaltar la importancia del documento denominado ahora memoria del análisis de impacto normativo (que ha venido a reemplazar a las memorias justificativa y económica del proyecto de reglamento a las que venimos refiriéndonos).

Más recientemente, la STS de 12 de diciembre de 2016 RCA 902/2014, ha venido a cerrar este círculo. Sobre la base del material probatorio incorporado tanto al expediente, como a los autos a través de la práctica de una diligencia final, se considera insuficiente el contenido de dicha memoria, lo que determina la anulación de la norma reglamentaria. En efecto, tras recordar que:

«*La finalidad de la Memoria del análisis de impacto normativo es asegurar que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos de disposiciones generales tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación. Se contiene, así, en dicho acto la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán de su aplicación, así como su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias.*»

Así como la evolución seguida por la normativa:

«*La exigencia de una Memoria del Análisis de Impacto Normativo se incorpora a nuestro Derecho con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula tal trámite; si bien dicha exigencia se vincula con la imposición que ya la Ley del Gobierno de 1997 había establecido para los procedimientos de aprobación de la iniciativa legislativa y elaboración de reglamentos, en los artículos 22 y 24 de dicha Ley. Nuestro país atiende, así, la recomendación de la Comisión a los Estados miembros de la Unión Europea en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, sobre legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, con la finalidad de "permitir a los responsables políticos adoptar decisiones a partir de análisis minuciosos de las posibles consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las nuevas propuestas legislativas ", planteamiento que exige " un estudio completo y equilibrado de todas las consecuencias y permite presentar un análisis exhaustivo y determinar, en su caso, el mejor término medio".*»

Toda vez que:

«*Según nuestra jurisprudencia, que también citamos más arriba, cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la memoria económica que debe acompañar a las disposiciones reglamentarias, sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos (en este caso, de naturaleza económica o presupuestaria) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente.*

Cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad).»

Se concluye:

«*En el caso de autos, entendemos que la Memoria que acompaña al Real Decreto recurrido resulta palmariamente insuficiente, lo que determina la nulidad de la disposición reglamentaria que nos ocupa. Y ello por las razones que a continuación exponemos:*

En primer lugar, resulta cuando menos extraño que una reforma tan significativa como la que implanta el Real Decreto carezca completamente de impacto económico en las organizaciones administrativas (las Comunidades Autónomas) en cuyo seno debe llevarse a efecto aquel sistema. No olvidemos que aquella disposición reglamentaria implanta la troncalidad (estableciendo una enseñanza común durante un tiempo a varias especialidades, a la que seguirá un período específico de concreta especialización), lo que debe conllevar un evidente esfuerzo de gestión (que la propia Memoria del Real Decreto llama "esfuerzo organizativo importante de reorganización de unidades docentes, comisiones de docencia, tutores, etc.").

En segundo lugar, la disposición reglamentaria que nos ocupa no solo se refiere a la troncalidad, sino que incorpora también nuevos y relevantes conceptos al sistema como la reespecialización, que permitirá a los profesionales que prestan servicios en el sistema "adquirir un nuevo título de especialista del mismo tronco", o las Áreas de Capacitación Específica, una suerte de "superespecialidades" a las que se accede desde una especialización anterior y que requerirán, sin duda, nuevas estructuras docentes y la elaboración de los correspondientes estudios e informes.

En tercer lugar, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto que nos ocupa, cuando se refiere a la implantación de las medidas que el mismo dispone, exige a las administraciones sanitarias que incorporen elementos de innovación docente y que usen las nuevas tecnologías de la información y comunicación, exigencia que contrasta con el presunto coste cero que la memoria prevé para las Comunidades Autónomas, pues éstas son las "administraciones sanitarias" a las que aquella Exposición de Motivos se refiere, al punto de constituirse en las verdaderas protagonistas de la gestión del nuevo sistema.

En cuarto lugar, el Consejo de Estado y el Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud del Ministerio de Sanidad ya pusieron de manifiesto en la tramitación del proyecto –el primero de aquellos órganos hasta en dos ocasiones– la insuficiencia de las previsiones de la Administración sobre el impacto económico y presupuestario, sobre todo teniendo en cuenta la profunda transformación de la formación docente especializada que la reforma entrañaba.

En quinto lugar, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas que han informado a la Sala sobre el particular ha entendido que existe o existirá un relevante impacto económico y presupuestario en absoluto coincidente con el coste cero que se defiende en la memoria. Aunque, ciertamente, algunas Comunidades Autónomas han sostenido que no contemplan la existencia de impacto alguno (Andalucía o Canarias) y otras señalan que no tienen constancia de tales extremos (Navarra y Madrid), el resto de las que han informado señala con claridad que habrá una significativa repercusión económica cuando se implante el nuevo sistema, repercusión que incluso se cuantifica en ciertas ocasiones (Aragón, Castilla y León, Murcia y País Vasco) o que, en todo caso, se afirma sin ambages, sean los costes directos, sean indirectos (Castilla-La Mancha, Cantabria, Cataluña y Galicia).”

Se insiste:

«Estas circunstancias contrastan con la parquedad con la que se manifiesta la Memoria cuando se refiere al impacto presupuestario en las Comunidades Autónomas, respecto de las que se señala apodícticamente que no habrá incremento alguno –como consecuencia de la implantación del sistema– al contar ya con estructuras de formación especializada, añadiendo genéricamente y con una muy escasa argumentación, que tampoco tiene por qué producirse tal impacto respecto de los nuevos tutores troncales, o en relación con las nuevas especialidades o con las áreas de capacitación específica o con las plazas en formación que se convoquen.

Entendemos, finalmente y como señalaba el Consejo de Estado, que una modificación de tan importante calado como la que ahora nos ocupa debió llevar a la Memoria a analizar con mucho mayor detenimiento los costes económicos y presupuestarios del nuevo sistema, habida cuenta que en la tramitación del proyecto se había puesto de manifiesto con reiteración en varios informes (del propio Consejo de Estado, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud del Ministerio de Sanidad y de algunas Comunidades Autónomas) la insuficiencia de los datos que, respecto de aquel impacto, se incluían en la Memoria correspondiente.»

Cambiando ahora el tercio, y pasando al campo de las exigencias sustanciales, destaca ante todo la necesaria observancia del principio de jerarquía normativa, que se manifiesta en un doble sentido, por un lado, primacía de la ley:

los reglamentos no pueden contradecir o vulnerar los dispuesto en las leyes (STS de 5 de julio de 2016 RCA 954/2014; también, por falta de rango respecto de la misma norma, STS de 27 de octubre de 2016 RCA 929/2014) y, por otro lado, reserva de ley: tampoco les es dado a los reglamentos invadir el ámbito de competencias reservado a las leyes (la STS de 17 de marzo de 2009 RC 9576/2004 anula por falta de rango la instrucción sobre derechos y obligaciones de los internos).

Pero particular relieve cobran aquí los principios generales del Derecho como mecanismos de fiscalización del ejercicio de esa potestad, porque los reglamentos no están sujetos solo a las leyes sino también a los principios generales del Derecho.

Entre tales principios destaca el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que obliga al titular de la potestad reglamentaria a ejercitar dicha potestad de forma coherente a la realidad de las cosas. En este sentido, la STS de 7 de octubre de 2002 RCA 48/1999. Lo deja perfectamente enunciado:

> «*Como advierte la parte demandante, en nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictoria con la realidad que se pretende regular, ni con la "naturaleza de las cosas" o la esencia de las instituciones.*
>
> *Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional, con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTS 26 de febrero y 17 de mayo de 1999, 13 de noviembre, 29 de mayo y 9 de julio de 2001, entre otras)*»

Aunque concluye después que la arbitrariedad no concurre en el supuesto de autos:

«*Ahora bien, tales reparos no ha sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 1o de mayo de 1994), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido. En el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley que el Reglamento trata de desarrollar o ejecutar.*»

Tampoco aprecia su concurrencia la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2002 RCA 2979/1997, ni la STS de 9 de junio de 2003 RCA 128/2000:

«*Debemos considerar que se está enjuiciando un Real Decreto reglamentario, es decir, una disposición de carácter general. La pretensión de los recurrentes, de que se anulen los preceptos del Real Decreto impugnados por falta de motivación, supone partir del punto de vista de que en esa motivación debe descenderse hasta la justificación de todos y cada uno de los extremos concretos a que se refieren los mandatos de la norma reglamentaria. Así debe entenderse porque de lo antes dicho se deduce que no puede alegarse válidamente la falta de motivación en términos generales. Esa motivación es obvio que existió, pues se trataba de favorecer a las comarcas menos desarrolladas en aplicación de criterios de política económica agraria.*

Llegados a este punto del razonamiento aprecia esta Sala que, a diferencia de lo que sucede en numerosos supuestos si se trata de actos concretos, no es indispensable que al aprobarse reglamentos la motivación afecte especifica e individualmente a cada punto de la normativa. En nuestro ordenamiento jurídico, y en concreto en la regulación vigente del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, no puede encontrarse ningún precepto que obligue al Gobierno o a la Administración a descender al último nivel de detalle cuando se trata de la motivación de las medidas. De ello se concluye que el Reglamento, que no

es arbitrario ni discriminatorio, no se encuentra tampoco falto de motivación en términos generales y el defecto de procedimiento que señalan los recurrentes lleva consigo la pretensión de una motivación específica y concreta, lo que no responde al contenido ni a espíritu de la legislación vigente aplicable».

Sí lo hace, en cambio, la STS de 5 de abril de 2011 RCA 76/2009:

«*La pretensión de que se declare la nulidad del artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, fundada en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que constituye un límite a la potestad reglamentaria, que se sustenta en la falta de motivación del mecanismo adoptado por el Gobierno para designar las comercializadoras de último recurso, debe acogerse, porque consideramos que, si bien puede inferirse del preámbulo de la disposición reglamentaria analizada cuáles son las razones que justificarían la designación de comercializadoras de último recurso a aquellas empresas del sector eléctrico de ámbito nacional que cuentan «con medios suficientes para poder asumir el riesgo de desarrollar la actividad de suministro libre y de suministro a consumidores de baja tensión a un precio máximo y mínimo, y con separación de cuentas», sin embargo, no se establecen criterios objetivos que permitan determinar por qué se excluye a aquellas empresas distribuidoras acogidas a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y, en su caso, cuáles son los presupuestos que deben servir para revisar la lista de empresas comercializadoras que asuman la obligación de suministro de último recurso de energía eléctrica.*

En efecto, coincidiendo con los argumentos de legalidad expuestos por la Comisión Nacional de Energía en su Informe 34/2008, sobre la propuesta de Real Decreto por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, estimamos que la disposición enjuiciada en este proceso constituye una norma reglamentaria extralegem, al no justificarse objetivamente las variables que se han tenido en cuenta para determinar singularmente «que comercializadores cuentan con los medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y la atención de clientes de baja tensión», ni por qué los distribuidores acogidos a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, carecen de medios técnicos suficientes para desarrollar esa actividad, a pesar de su reconocimiento, en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes en el mercado para la electricidad, como empresas con menos de 100.000 clientes, autorizadas a continuar manteniendo la labor de comercialización. (...)

Por ello, sostenemos que la habilitación al Gobierno para que designe las empresas comercializadoras de último recurso, que se desprende de los

artículos 9 f) y 44 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción introducida por la Ley 17/2007, de 4 de julio, exige configurar una base normativa suficiente que regule los presupuestos o criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, que permita determinar a qué empresas puede imponerse la obligación adicional de suministro de último recurso por cumplir las condiciones técnicas. financieras y contables que sean coherentes con el mandato regulatorio del legislador.»

No es fácil, sin embargo, encontrar pronunciamientos en esta misma línea. Aunque acaso puede ello tener una explicación en el hecho de que las exigencias en torno a la potestad reglamentaria hayan empezado ya a tomarse realmente en serio a partir de las consecuencias que pudieran resultar de su inobservancia. Sin perjuicio de ello, sin embargo, recientemente la STC de 20 de junio de 2016 (RCA 485 y 428/2014) ha dado inicio a una lista de resoluciones en que también se aplica el mismo principio que ahora venimos tratando, de la que, por ejemplo, podríamos resaltar tambien la STC de 19 de septtiembre de 2016 (RCA 505/2014) y de 16 de marzo de 2017 (RCA 430/2014), entre otras.

Siguiendo con los principios generales del Derecho, se acude recientemente a la identificación ("descubrimiento", que no "creación") de nuevos principios. Y examinando así nuestra última jurisprudencia, podría dar la impresión de que en efecto han aparecido en este terreno algunas novedades de las que importaría dar cuenta en este momento.

Y así se apela ahora a los principios de confianza legítima; más recientemente, al principio de buena administración; y todavía de forma más próxima en el tiempo, al principio de transparencia. Pero en rigor las novedades no son tantas. Bajo tales expresiones no se encubre otra cosa en realidad que manifestaciones actualizadas de las técnicas de control de la discrecionalidad tradicionales que nos son más conocidas, dentro de esta búsqueda incesante de fórmulas nuevas. Así, detrás del principio de confianza legítima está el de seguridad jurídica, del de buena administración el de igualdad (objetividad), y del de transparencia el de publicidad (audiencia y participación). Nos explicamos ahora de manera más detenida.

Comenzando por el orden indicado, el principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 de la Constitución, en su vertiente objetiva, posee una doble dimensión. En su primera dimensión, en el momento de la creación del Derecho comporta la exigencia de establecer normas claras en grado de ser conocidas por sus destinatarios (principio de certeza). No corresponde a la jurisprudencia el control de la calidad de las normas pero los defectos de técnica legislativa de cierta intensidad o gravedad resultan relevantes para la seguridad jurídica, la cual puede llegar a vulnerarse:

«*cuando la redacción de una Ordenanza municipal no es solamente "infortunada", sino cuando produce "incertidumbre", prohibida, que*

acontece en aquellos supuestos en que la falta de concreción normativa en la determinación del tipo del Impuesto de plusvalía aplicable no puede ser superada con base a una interpretación de la disposición impugnada» (STS de 21 de octubre de 2000 RC 5457/1994).

Y es que la creciente complejidad del ordenamiento jurídico dificulta la comprensión de sus normas que lo integran y la controversia se suscita por la defectuosa redacción de las normas. Puede condensarse la doctrina jurisprudencial en la STS de 4 de febrero de 2004 RCA 7/2002, que empieza por efectuar la siguiente proclamación general:

«*La función normativa está sujeta a los límites constitucionales, y entre ellos figura el respeto al principio de seguridad jurídica. La jurisprudencia constitucional, en el terreno de los principios, admite "la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas", especialmente en determinados sectores del ordenamiento jurídico en que la intervención de los ciudadanos en la aplicación del Derecho es más acusada, pues "una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia» (sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, fundamento jurídico 8). La sentencia 164/2001 afirma que «Este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales contrarios al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) cuando generaban una situación de incertidumbre y falta de previsibilidad respecto del Derecho aplicable (sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo, fundamento jurídico 4)".*»

Aunque también añade:

«*Sin embargo, el principio de seguridad jurídica, dado el ámbito que debe reconocerse a la libertad de configuración del legislador, no autoriza la anulación de disposiciones legales que incurren en deficiencias técnicas. Como dice la sentencia que se acaba de citar, "lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad; siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a ['para'] unos como desacertadas e inoportunas a otros (sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, fundamento jurídico 8)"*».

En cuanto a su segunda dimensión, la seguridad jurídica en su vertiente objetiva también promueve una cierta estabilidad de las normas jurídicas (permanencia del Derecho). Aunque tampoco impone su inalterabilidad, porque la Administración goza de un amplio margen de configuración para introducir modificaciones en las disposiciones reglamentarias con el objeto de adaptarlas a

unas necesidades siempre cambiantes en el ejercicio de la discrecionalidad de que dispone. Establece la STS de 12 de abril de 2012 RCA 40/2011:

> «*El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.*
>
> *La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos (...) Es lógico que ante esta –o cualquier otra– modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica".*»

Esta apreciación parte precisamente de la consideración de que el principio de seguridad jurídica no comporta «*un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las retribuciones, cuando ellos mismo han optado por no acudir al mercado sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas*».

Pues bien, en esta segunda dimensión en la que ahora nos situamos, el principio de seguridad jurídica, entendido como permanencia del Derecho, confluye con el principio de confianza legítima, como ya se adelantó. Lo mismo que el de seguridad jurídica el principio de confianza legítima tampoco garantiza que los poderes públicos mantengan inalterable el ordenamiento jurídico. En la STS de 10 de mayo de 1999 RCA 594/1995, el recurso se rechaza sobre la base de con base en el argumento de que no podía considerarse razonable la invocación del principio de confianza legítima para sostener «*la inmutabilidad o congelación sine die del ordenamiento*

Ahora bien, con ello no ha de deducirse que tales cambios estén exentos de comportar consecuencias. En la STS de 30 de junio de 2001 RC 8016/1995 la alteración del uso de unos terrenos defrauda *"la confianza generada"*, causando perjuicios a unos sujetos a los que se les privaba de derechos patrimoniales legítimos consolidados, lo que constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial que obliga a indemnizar los gastos realizados.

La STS de 17 de junio de 2003 RCA 492/1999 reconoce también la virtualidad del principio de confianza legítima:

> «*El principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones*».

Y subraya asimismo las eventuales consecuencias que pudieran deducirse a resultas del mismo:

> «*La virtualidad del principio puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento*».

Cambiando el tercio, en cuanto al principio de buena administración, el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge como derecho de nueva generación "el derecho a una buena administración" que obliga a tratar los asuntos "imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable". Sin embargo, en realidad, en la medida en que se fundamenta en el deber de resolver los procedimientos de forma imparcial, objetiva y no discriminatoria, tampoco hay nada nuevo en las consecuencias que alcanzan a derivarse de la proyección de este principio. El mandato constitucional de objetividad y eficacia de la acción administrativa lleva ya de suyo un procedimiento con todas las garantías cuya resolución se fundamente en una determinación racional de los hechos relevantes y en una ponderación equitativa de los intereses públicos y privados concurrentes.

La STS de 7 de febrero de 2012 RCA 419/2010 considera que la financiación privada del bono social, que se impone exclusivamente a determinadas empresas generadoras de electricidad, excluyendo a otras que igualmente operan en el mercado eléctrico, carece de justificación razonable y es discriminatoria. Se constata así una vulneración del principio de objetividad. Y la posterior STS de 27 de noviembre de 2012 RCA 442/2010 también es congruente con la exigencia de actuar conforme al principio de objetividad, porque la anulación de la asignación de un múltiple digital de cobertura estatal a las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal se sustenta en la incoherencia de dicha medida, tras la entrada en vigor de una nueva regulación legal que establece la

necesidad de concurso público para el otorgamiento de nuevas licencias en el sector. Lo mismo que en el principio de objetividad, ambas resoluciones podían haberse amparado de igual modo en el principio de buena administración.

Y, en fin, sobre el principio de transparencia, tampoco es distinta la conclusión que cumple alcanzar. En el campo de la potestad reglamentaria, el principio de transparencia exige que los ciudadanos, bien individualmente bien a través de asociaciones o entidades representativas, que asuman la defensa de intereses colectivos, puedan participar en el procedimiento en relación con los asuntos que les afecten. Lo que, como señalamos, tampoco es nada nuevo.

El derecho a ser oído en el procedimiento administrativo constituye un principio general del Derecho administrativo, que se articula mediante la apertura del trámite de audiencia o de información pública. Y el derecho de audiencia se reconoce, con carácter general, en los apartados a) y c) del artículo 105 de la Constitución, como garantía procedimental exigible tanto en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales como en los encaminados a la adopción de actos administrativos.

La STS de 12 de enero de 1990 RCA 44/1998 ya destacaba el fundamento constitucional del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales:

> «*En la forja del criterio de que el trámite de audiencia a sindicatos y demás entidades asociativas es de preceptiva observancia, y en modo alguno discrecional de la Administración, si bien su exigibilidad está en relación con los varios conceptos jurídicos indeterminados expuestos en el propio precepto que operan positiva o negativamente; y en el mantenimiento de que la omisión del referido trámite –supuesta la concurrencia de requisitos– debe calificarse de vicio esencial que genera la correspondiente nulidad e invalidez de la disposición. Vías ampliamente ensanchadas y facilitadas con la aparición del régimen constitucional (...) en el espacio concreto que ahora nos ocupa, en el artículo 105, en el que se reconoce no sólo a organizaciones y asociaciones sino directamente a los ciudadanos. La conclusión a que llega la doctrina jurisprudencial que venimos glosando es clara y terminante: la omisión del trámite de la audiencia –participación– en la elaboración de disposiciones generales, a los entes asociativos que resulten afectados por ellas, en cuanto vulnera los artículos 9 y 105 de la Constitución, comporta que los Jueces y Tribunales, en aplicación de los artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declaren la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones*».

Y en su consecuencia se declara la nulidad de la norma reglamentaria, al constatar que la asociación demandante no pudo participar durante su procedimiento de elaboración. La sentencia declara que la Administración no mostró en ningún momento *"la voluntad de dar publicidad al proceso de*

elaboración del Reglamento que estaba confeccionando, para facilitar así la participación ciudadana cumpliendo con ello la obligación que le impone el artículo 9 de la Constitución".

En sentido similar, la STS de 24 de noviembre de 2009 RC 4035/2005:

«*En la elaboración del Decreto, objeto de impugnación, hubiera sido de todo punto útil que los distintos sindicatos, que representan los intereses de los funcionarios públicos y en general del personal al servicio de la Administración, y las Corporaciones profesionales, relacionadas con el objeto social de EGMASA, hubieran podido, al menos, emitir su parecer o juicio sobre la misma, formulando alegaciones, dado el conocimiento e interés que tienen en la actividad ambiental de la Administración Pública y en el posible desapoderamiento de atribuciones de ésta.*

Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa.

La exigencia del trámite de audiencia en la elaboración de normas como la que nos ocupa, a la vista de la finalidad constitucional de la misma, permitiría, al menos, tener en consideración, antes de su aprobación, las alegaciones que formulen aquéllos que representen intereses afectos por el futuro de la Administración de la que dependen, aun más si se tienen en cuenta las dificultades posteriores de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa muchos de los actos aplicativos del Decreto, que son los que podrían consumar el riesgo temido por la parte que ahora impetra el auxilio judicial.»

En este caso, se plantea también el alcance subjetivo de la exigencia que nos ocupa:

«*Es cierto que en otras ocasiones esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa*».

Y con esta última referencia nos situamos ante un nuevo problema, porque la falta de audiencia en este caso intentaba pertrecharse en el hecho de tratarse la norma enjuiciada de una norma meramente interna y autoorganizativa y carente por eso de carácter propiamente reglamentario. Pero aparte de que en realidad no era así:

«*En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social.*

El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general "la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente" y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario.

Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así. (...) Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de "las actuaciones necesarias", EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma.

Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros.»

En lo que ahora más interesa destacar, se señala también:

«*En el caso enjuiciado, el examinado riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo que tiene lugar con el Decreto objeto de recurso, aunque existiese*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 45-88

con anterioridad a la norma impugnada, tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa, en la exclusión de gran parte de la actividad de estas empresas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, especialmente, en excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la Constitución Española establece preceptivamente para los funcionarios públicos, rigiendo un sistema de libre selección de un personal cuyas retribuciones van a ser sufragadas con el erario público, y que a la vista del objeto societario pueden desempeñar funciones similares a las que desarrollan éstos.

Ese riesgo, de huida silenciosa, cualifica el interés defendido por el sindicato recurrente, y refuerza la necesidad de dar audiencia, como parte esencial de principio de participación pública, no sólo al sindicato de funcionarios recurrente sino también al resto de entidades que defiendan intereses afectados por el ámbito de actuación de la Administración demandada.»

Así, pues, se insiste en el carácter reglamentario de la norma examinada:

«*Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho Decreto modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico*.»

Y de ahí precisamente las infracciones que se le imputan:

«*El sindicato recurrente imputa al Decreto de la Junta de Andalucía una serie de vicios formales de tramitación, consistentes básicamente en la falta de negociación colectiva en la Mesa Sectorial, ausencia de Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía y el defecto de trámite de audiencia a los interesados, a la que tendría derecho como sindicato más representativo; trámites que resultarían preceptivos habida cuenta la naturaleza reglamentaria de la disposición impugnada*.»

Excluidas las dos primeras, se aprecia la concurrencia de la tercera (omisión del trámite de audiencia ciudadana), como ya hemos visto; y, por eso, la anulación de la norma.

Habremos de volver después sobre el asunto de la naturaleza jurídica de esta clase de normas; pero, por cerrar este capítulo relacionado con los instrumentos de control de la discrecionalidad de la potestad reglamentaria, si bien el excurso realizado hasta ahora ha mostrado, por un lado, que los nuevos principios nada especialmente novedoso añaden y todo lo más ilustran sobre una nueva perspectiva desde la que abordar la misma controversia, por otro lado, no menos cierto es que perviven los problemas de siempre, unos problemas que se manifiestan sobre todo y muy especialmente ante la falta del ejercicio de esta potestad (por inactividad de su titular).

Esto es, dista de encontrarse una solución satisfactoria al asunto relativo al control de la discrecionalidad por omisión. Un asunto que se puede plantear, como se acostumbra, esto es, porque lisa y llanamente la potestad reglamentaria no se ejercita sin más, lo que remite a la cuestión sobre la naturaleza del plazo previsto en su caso para la puesta en marcha de esta potestad, en primer lugar, y acaso también a distinguir después, cuando es el Gobierno como tal o los miembros que individualmente lo componen los que son emplazados a dictar el reglamento, en tanto que solo el primero dispone de una habilitación originaria directamente dispuesta al efecto por la Constitución.

Pero que también se suscita cuando la omisión es solo parcial, esto es, la potestad reglamentaria se ejercita pero no se procede al desarrollo íntegro de las previsiones legales y lo que se omite solo es dar cumplimiento a algunas de ellas.

Aunque menos conocida esta cuestión también se ha abordado en no pocas ocasiones, así en las STS de 7 de octubre de 2002 RCA 48/1999, 3 de mayo de 2012 RCA 29/2008, 27 de noviembre de 2012 RCA 617/2011, 5 de diciembre de 2013 RC 5886/2009, 13 de octubre de 2015 RC 366/2013, 26 de junio de 2015 RC 2936/2013, 10 de noviembre de 2015 RC 388/2014 y 11 de noviembre de 2015 RCA 387/2014. Más recientemente aún, en la STS de 15 de diciembre de 2015 RCA 514/2013.

El argumento de parte quedó consignado en este caso del modo que sigue

> «*En cuanto a ese fondo, la parte demandante parte de la premisa de que el artículo 70.2 de la Ley de Garantías regula un derecho que precisa de ese desarrollo reglamentario y la falta de tal desarrollo impide a los almacenes mayoristas cumplir las obligaciones de abastecimiento a las oficinas de farmacia. Por tanto, al no regular el deber de los laboratorios de suministrar a los almacenes mayoristas distribuidores, no regula su correlativo derecho, sin que se garantice que todos y cada uno de los medicamentos autorizados estén a disposición de las oficinas de farmacia para que cualquier usuario tenga inmediato acceso a estos cuando se necesiten*.»

Y así las cosas, con base en la jurisprudencia precedente que acabamos de anotar y que se cita en el caso, se advierte con carácter general sobre las dificultades que plantea este control:

> «*Conforme a esa jurisprudencia esta Sala entiende que el control judicial de esa omisión si bien no es rechazable de raíz, sí debe entenderse restrictivamente y exento de obstáculos. Estos vienen dados por problemas de legitimación, por el carácter revisor de esta jurisdicción y por la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional. En este sentido, la impugnación del incumplimiento de dictar una norma no puede llevar el control judicial de la potestad reglamentaria al punto de forzar el ejercicio de esa potestad en un sentido predeterminado, aunque sea porque está expresamente prohibido tal tipo de pronunciamiento por el artículo*

71.2 de la LJCA según el cual "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen…".»

Y de este modo, se destaca que en el supuesto de autos el juicio acerca de la legalidad del reglamento impugnado no puede olvidarse de que el emplazamiento que se hace al Gobierno no apela al ejercicio de una concreta potestad, sino que se trata antes bien de una directriz difusa, en la medida en que lo que se le encomienda es "velar" por la suficiencia de medicamentos, lo que no tiene que pasar necesariamente por un desarrollo reglamentario y esa función de vigilancia puede satisfacerse asimismo mediante el ejercicio de otras potestades como, por ejemplo, de policía –esto es, de inspección, control y, en su caso, sanción–.

Dada esta circunstancia, la funcionalidad del mandato legal aleja los términos de la controversia de la apreciación de una omisión reglamentaria ilícita referida al conjunto de la norma reglamentaria. En este caso, el objeto de tutela jurídica es la satisfacción del derecho de los almacenes mayoristas a la suficiencia del suministro por los laboratorios y, como se ha dicho, esa garantía normativa no asegura ni agota su cumplimiento en una potestad concreta que sólo cabría reputarla desconocida si, por la forma de regularse, ese objeto garantizado queda privado en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre o enunciado normativo.

IV. OTRA VEZ, SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTE ESTUDIO: DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

Todavía interesa dar cuenta para completar este estudio básicamente jurisprudencial de un par de sentencias especialmente relevantes, ambas por lo demás de la misma fecha. En el ejercicio del control judicial de la potestad reglamentaria, se vino en ellas a estimar el correspondiente recurso contencioso-administrativo y a anular la norma impugnada que era también la misma en los dos casos.

La anulación se cimentó a partir de la fiscalización que resulta de una de las exigencias formales a que se sujeta la potestad reglamentaria que ya nos es conocida. Concretamente, en relación con el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, la necesidad de acompañar a la norma proyectada de sendos documentos, su memoria justificativa y su memoria económica. No es que faltaran realmente dichos documentos, sino que se vino a considerar insuficiente su contenido respectivo.

Sólo por eso merecerían ya nuestra atención dentro de este estudio. Aunque no son las únicas que concluyen en el mismo sentido, como ya quedó expuesto antes. Pero es que además ambas resoluciones vinieron a situar el foco en el concepto de la potestad reglamentaria, esto es, el pronunciamiento anulatorio se obtuvo a partir del

alcance asignado a dicho concepto. Y la polémica en torno a esta cuestión llegó hasta el punto de que el Tribunal Supremo vino a quedar prácticamente dividido en dos. Pero veamos ahora todo ello con mayor detenimiento.

Se impugnaba a la sazón la disposición adicional única del Real Decreto 239/2004, de 30 de diciembre: «*1.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo público de los previstos en el apartado primero de la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, pasa a tener su sede en Barcelona. 2.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, adoptará mediante Acuerdo las medidas necesarias para que el cambio de sede se produzca a lo largo del año 2005*.»

Comencemos por la STS de 27 de noviembre de 2006 RCA 51/2005. Los reglamentos, como ya sabemos, pueden anularse, no sólo por la infracción del principio de audiencia, sino también por incurrir en otros vicios de distinto signo, incluso de carácter también formal, como vino a suceder en el caso. Ya lo adelantamos. Se estimó la concurrencia de un defecto concretamente atinente a la documentación que resultaba preceptiva en el caso. Si bien, ciertamente, no se apreció primero la omisión del dictamen del Consejo de Estado:

> «*La decisión de determinar la sede de este organismo corresponde al ejercicio de una potestad de organización y no estrictamente a la ejecución de un mandato legal, y es constante la jurisprudencia de esta Sala que reserva la obligatoriedad del dictamen del Consejo de Estado a los reglamentos ejecutivos. Es cierto, como admite la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2004 que "sobre la condición de Reglamento ejecutivo a la que se vincula el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado se han observado algunas divergencias jurisprudenciales; mientras en unas ocasiones se atiende a una concepción material, comprendiendo en el concepto aquellos reglamentos que de forma total o parcial completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, entendidas estas como normas con rango de ley, lo que presupone un mínimo contenido legal regulador de la materia, en otras se da cabida también, en una perspectiva formal, a los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material". Pero también lo es que la jurisprudencia es unánime en excluir de la necesidad de dictamen del Consejo de Estado los reglamentos, como es el que se impugna en este proceso, derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno (sentencias, entre otras, de 25 de mayo de 2004, 10 de diciembre y 24 de julio de 2003)*.»

Sí se apreció, en cambio, a la vista del exiguo expediente administrativo tramitado, la inexistencia de una justificación documental suficiente de la medida

adoptada. El expediente administrativo, según se hace constar, constaba de memoria justificativa, una memoria económica, un informe sobre el impacto por razón de género, del informe del Secretario General Técnico del Ministerio de Administraciones Públicas y de la propuesta de este ministerio al Consejo de Ministros.

Pues bien, concretamente, la memoria económica señalaba, respecto al traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), que en este momento no era posible cuantificar el incremento de gasto público que pudiera generar, al requerir ello, en primer término, una compleja negociación con el personal para concretar su traslado y las eventuales compensaciones económicas que pudieran plantearse; y, asimismo todavía no se había determinado el inmueble que ocupará el citado organismo en Barcelona y por tanto la exigencia económica que pudiera conllevar. Teniendo en cuenta que quedaba remitido el efectivo traslado de la CMT a un momento ulterior, según se aducía de contrario, será en dicha fase cuando pueda cuantificarse el incremento de gasto público.

Por su parte, en cuanto a la memoria justificativa, se vino asimismo a observar que, si bien la sede de la CMT no estaba expresamente regulada, se trataba de una cuestión de mera organización y el cambio había que enmarcarlo dentro de la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las autonomías, que permite y postula la ubicación de este tipo de organismos en otras áreas del territorio español. Justificación que se repite en el informe de la Secretaría General Técnica y en el propio Preámbulo del Real Decreto 2397/2004.

Esto sentado, el Tribunal Supremo comienza señalando:

> «*Si toda la regulación del procedimiento de elaboración de los reglamentos tiene una importancia que supera la exigencia de determinados requisitos formales porque está orientada tanto a conseguir el acierto en la resolución como a proporcionar a los administrados los elementos que el Gobierno ha tenido en cuenta para su decisión, dándoles así oportunidad de combatirlos, estas garantías cobran especial importancia en el ámbito de los reglamentos organizativos en los que el Gobierno ejercita potestades discrecionales, escasamente limitadas por elementos reglados y dotadas, por ello, de un margen muy amplio de actuación.*
>
> *Como hemos dicho recientemente "si la potestad reglamentaria es en sí misma discrecional, con los solos límites que le impone la Ley habilitante y el resto del ordenamiento jurídico, en mayor medida esa discrecionalidad se acrecienta cuando en el ejercicio de dicha potestad se están desarrollando funciones organizatorias. En estos casos, aparte los límites anteriores, sólo en supuestos de arbitrariedad o irracionalidad será posible ejercer una función de control de los poderes de la Administración" (sentencia de 31 de octubre de 2006).*

Tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) LGO pero deben cumplir la finalidad a que responden. La memoria económica, proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa, pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Y sobre la base de estas premisas, concluye:

«*En cuanto a la memoria económica, es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. Esta Sala ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público (sentencias de 20 de abril y 22 de noviembre de 2006, 12 de noviembre y 7 de julio de 2004, entre otras) si la parte recurrente no ha acreditado que aquella apreciación era incorrecta (sentencia de 10 de marzo de 2003), de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario o, como en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 2005, cuando no existe memoria económica.*

En el presente supuesto lo que se presenta como Memoria Económica no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esa naturaleza. No contiene estimación alguna del coste a que dará lugar el reglamento, como impone el artículo 24.1.a) LGO, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento en que se redacta y que se trata de un coste que se cuantificará cuando se lleve a cabo el efectivo traslado de la CMT. La memoria reconoce que existirá un incremento del gasto público e incluso conoce los elementos que lo determinarán pero desprecia su cuantificación pese a que habría resultado relativamente sencillo hacerlo dentro de determinados márgenes. El Gobierno aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado le impone considerar, por lo que solo por esta razón procedería la estimación del recurso".

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 45-88

Tampoco la denominada Memoria Justificativa contiene elementos de los que pueda desprenderse, como lógica consecuencia, la necesidad del traslado de la sede de la CMT a Barcelona. Se limita a afirmar, como ya hemos señalado, que el cambio de sede se enmarca dentro de la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías respecto de entidades públicas cuyas funciones permitan una actuación independiente de los Departamentos Ministeriales, permitiendo así su ubicación en otras áreas del territorio español.

Sin embargo, la vaga alusión a "la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías" no representa una justificación aceptable para el traslado de la sede de un organismo que fue creado tras la Constitución, en vigor, por tanto, el Estado de las Autonomías a que se refieren tanto la Memoria Justificativa como el Preámbulo del Real Decreto 2397/2004. Se ha alegado que el artículo 6º de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en relación con el estatuto de capitalidad resultante del artículo 5º de la Constitución, impediría que la CMT tuviera otra sede que no fuera Madrid. No nos corresponde ahora estudiar esta cuestión. Pero sí debemos advertir que desde el punto de vista de la justificación, la referencia al Estado de las Autonomías explicaría una decisión de establecer la sede de un organismo de las características de la CMT en una ciudad distinta de Madrid pero no justifica por qué un organismo que en el marco de ese Estado de las Autonomías se encuentra funcionando en Madrid ha de trasladarse a otra ciudad y por qué esa otra ciudad ha de ser precisamente Barcelona.

Es evidente que en la decisión adoptada existen razones que no se han plasmado en la Memoria Justificativa y que deberían haberse exteriorizado en ellas, a fin de que sirvieran como verdadera motivación de aquella y parámetro para el enjuiciamiento por el Tribunal de las potestades ejercitadas. La ausencia de una verdadera justificación de la disposición impugnada determina que también por esta causa hayamos de declarar su nulidad.»

Es más, prosigue indicando:

«*La ausencia en los documentos analizados de los elementos que el legislador ha considerado imprescindibles para que la Administración haga un uso racional de sus potestades organizatorias podría haberse superado si en el expediente se hubieran aportado otros que proporcionasen a aquélla los datos necesarios para adoptar una decisión ponderada y acertada. A estos efectos el artículo 24.1.b) LGO, permite al Gobierno recabar a lo largo del proceso de elaboración del reglamento cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Aparte del informe del Secretario General Técnico del Ministerio de Administraciones Públicas, de carácter preceptivo, según el artículo 24.2.a) LGO, que no aporta nada al texto informado, el Gobierno no ha creído*

conveniente recabar ningún otro. Ni al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, creado por la Disposición Adicional Quinta de la LGTL como órgano asesor del Gobierno en materia de telecomunicaciones, que hubiera podido ilustrar al Gobierno, antes de tomar su decisión, sobre las ventajas e inconvenientes de la misma, ni se ha oído a la propia CMT, que hubiera podido proporcionar los datos económicos que la Memoria Económica reconoce desconocer.»

Esta sentencia fue objeto de un voto concurrente, que consideraba indispensable asimismo la audiencia del propio organismo afectado sobre la base de su carácter independiente. Pero también de otros dos disidentes en que la cuestión venía a situarse en el punto verdaderamente clave, que es del que interesa dar cuenta especialmente en este apartado como ya adelantamos, el alcance del concepto de la potestad de reglamentaria.

Comienza señalando el primero de estos dos votos:

«*No estamos ante una norma cuya elaboración esté sometida al procedimiento previsto por el artículo 24 de la Ley del Gobierno. La disposición adicional única impugnada impone el traslado a Barcelona de la sede de la CMT. Toma una decisión, realiza un acto singular, expresión de la dirección política que, conforme al artículo 97 de la Constitución, ejerce el Gobierno de España. El hecho de que figure en un Real Decreto que regula determinados aspectos organizativos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al que la CMT está adscrita, no altera lo anterior. La forma no determina la naturaleza de lo acordado ni atribuye carácter normativo a un acto que agota sus efectos de una sola vez y no incide en absoluto sobre el régimen jurídico de la CMT, que sigue siendo exactamente el mismo que antes de la decisión de trasladar su sede a Barcelona. A este respecto, es indiferente que se halle en Madrid o en Barcelona*.»

Desde luego, como prosigue indicando:

«*Que la disposición adicional única recoja un acto y no una norma y que sea expresivo de la dirección política que el Gobierno establece no excluye el control judicial sobre la observancia de los elementos reglados y sobre todos los aspectos judicialmente asequibles que le conciernen, entre ellos el respeto al principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad. La jurisprudencia de la Sala, acogiendo posiciones doctrinales elaboradas antes, incluso, de la vigencia de la Constitución, ha afirmado, especialmente, en sus Sentencias de 4 de abril de 1997 (recursos 602, 634, 726, todos de 1996) la fiscalización por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los llamados actos políticos y la propia Ley de la Jurisdicción así lo ha dispuesto en su artículo 2 a)*.»

Sin embargo:

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 45-88

«*No siendo una norma, sino un acto singular que no incide en el régimen jurídico de la CMT, la disposición adicional única del Real Decreto 2397/2004 no tenía por qué contar con el sustento de una memoria justificativa y de una memoria económica, requisitos formales exigidos por el artículo 24 de la Ley del Gobierno a los reglamentos. Desde el punto de vista formal bastaba con aportar, al producirlo, una motivación razonable en términos jurídicos que excluyera la tacha de la arbitrariedad, ya que los actos discrecionales han de ser motivados, según nos dice el artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.»

Llegados a este punto, afirmará:

«*Esa motivación consta en el expediente y en el propio Real Decreto.*

En el expediente, porque en el documento titulado "Memoria Justificativa" (folios 7 a 9) se explica que el traslado de la sede de la CMT a Barcelona obedece al propósito de aplicar a la localización física de los organismos de su clase la lógica del Estado de las Autonomías. Dice en concreto este documento:

"La sede de la CMT no está expresamente regulada en una disposición de carácter general, se trata de un aspecto que se refiere a una cuestión de mera organización y que se regula conforme a lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en relación con los organismos públicos.

El cambio de sede se enmarca dentro de la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías respecto de las entidades públicas cuyas funciones permitan una actuación independiente de los Departamentos Ministeriales, permitiendo así su ubicación en otras áreas del territorio español".

Y, también, en el Real Decreto porque su preámbulo dice al respecto:

"Este Real Decreto también se refiere a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo público adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, determinando que su sede se traslade a Barcelona.

El cambio de sede se adecua a la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías y se lleva a cabo en el marco regulatorio establecido en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado".

Por tanto, sostener que no hay justificación es negar lo evidente.»

La motivación proporcionada, así las cosas, no es absurda ni arbitraria, según se concluye. Precisamente, porque se considera un acto y no una norma es por lo que se alcanza una opinión diferente de la sustentada por la mayoría. Se insiste en ello después: «*Sostenemos que la disposición adicional única del Real Decreto 2397/2004 no es una norma, sino un acto o decisión singular*.»

Aunque es cierto que después se añade también que, aun cuando fuera una norma, tampoco podría prosperar la opinión mayoritaria:

> «A*un aceptando este planteamiento, el recurso debe ser desestimado. En el expediente, como tiene que reconocer la Sentencia, obran un informe sobre la necesidad y oportunidad del traslado –la memoria justificativa antes citada– y una memoria económica. Sucede, sin embargo, que los considera tan insuficientes que entiende incumplidos los fines a los que responden estas exigencias formales. Dice la Sentencia que la memoria justificativa no explica el por qué del traslado (...) por muy breves y escuetos que sean el preámbulo del Real Decreto y la memoria justificativa, nos dicen lo suficiente. Un informe con más páginas podría añadir más datos y más consideraciones, pero no alteraría lo sustancial: la razón del traslado, esto es, su relación estrecha, en la interpretación del Gobierno, con la realidad autonómica de España desde la doble perspectiva del reconocimiento de la relevancia que han adquirido dentro de ella las Comunidades Autónomas y de las formas de integración del conjunto, de las cuales ésta sería una manifestación. Razones todas, se compartan o no, en sí mismas desprovistas de arbitrariedad*.»

Estas consideraciones últimas son las que orientan precisamente el sentido del otro voto particular discrepante, que si bien parte igualmente de la consideración de que estamos ante un acto y no una norma:

> «*Creemos, –también con ellos–, que la decisión impugnada es calificable, desde el punto de vista jurídico-administrativo, como un acto singular, no normativo, porque agota sus efectos en el cumplimiento de la voluntad en él expresada de que la CMT sea trasladada a Barcelona, sin ninguna otra incidencia en el posterior desarrollo de sus facultades y funciones, que permanecerán regidas por el actual y vigente sistema de normas legales y reglamentarias que le sean de aplicación, sin que la forma adoptada por el Gobierno para decidir pueda desvirtuar la sustantiva naturaleza del acuerdo*.»

En este caso, se apoya en la suficiencia de los documentos aportados al expediente, en cualquier caso, para disentir del criterio de la sentencia.

Como ha podido constatarse, la cuestión planteada resultó enormemente controvertida. Incluso podría haber habido base para distinguir todavía entre los dos apartados de la medida cuestionada y propinar una respuesta diversa en cada

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 45-88

caso. En tanto que se impide el traslado a cualquier otra ciudad mientras aquélla no se derogue, puede así considerarse una norma su primer apartado y no así en cambio el segundo.

Pero, más allá de ello, esta cuestión pone de manifiesto la necesidad de proceder a una reconstrucción conceptual de la categoría de los reglamentos y las disposiciones de carácter general, que puede partir precisamente de esto mismo, es decir, de la necesidad de distinguir y no tener por equivalentes ambas categorías.

La de las disposiciones de carácter general parece así una categoría más amplia que engloba no sólo los reglamentos propiamente dichos, sino también, por de pronto, las ordenanzas locales que presentan unas particularidades bien notorias, en particular, una diferente vinculación con la ley, como la jurisprudencia vino a admitir a partir de la STS de 10 de noviembre de 1998 R 7504/1995, más claramente con la STS de 7 de octubre de 2009 RC 204/2008 y más recientemente aún con la de 10 de abril de 2014 RC 2094/2012. Difícilmente habría podido darse por conforme a derecho de otro modo la ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en Barcelona en la STS de 23 de marzo de 2015 RC 1882/2013. No son tampoco irrelevantes las diferencias que se extienden a otros aspectos, así, en cuanto a sus exigencias formales, tanto en lo que concierne a su procedimiento de elaboración, como al órgano al que corresponde la aprobación de las ordenanzas.

Y también podrían quedar comprendidos dentro de la genérica categoría de las disposiciones de carácter general los planes urbanísticos; y no sólo éstos, igualmente, los demás planes inspirados en ellos, como los planes hidrológicos (STS de 26 de febrero de 2015 RC 323/2013).

Podría interesar la consolidación de esta diferencia, insistimos, porque determinadas exigencias pueden venir impuestas a los reglamentos y no así a las demás disposiciones de carácter general, cuando otras cambio sí habrían de proyectarse sobre esta última categoría más amplia y genérica.

La otra sentencia que ya señalamos, de 27 de noviembre de 2006 RCA 53/2005, a propósito del mismo Real Decreto 2397/2004, de la misma fecha que la que antes examinamos (RCA 51/2005), avala justamente este planteamiento. Precisamente comienza señalando:

> «*Debe partirse de que estamos ante una decisión formalizada o expresada mediante una norma de organización, norma ésta que no supone una regulación de derechos y obligaciones de las Administraciones públicas y de los ciudadanos, aunque eventualmente y de forma indirecta incida en ellos. Nuestro ordenamiento establece que las normas de este tipo deben revestir una forma reglamentaria*.»

Pero es que además sigue diciendo:

«*Pero eso no significa que esté exenta de la necesaria sumisión al ordenamiento jurídico, como sucede también con ciertos actos del Gobierno de contenido político a tenor del artículo 2, apartado a) de la Ley Jurisdiccional. Como se desprende de lo dicho más arriba, al revestir la disposición forma reglamentaria, los elementos reglados que deben tenerse en cuenta al ejercer la potestad discrecional consisten justamente en la sumisión a las normas de procedimiento. Toda vez que a tenor de los artículos 67.3 y 63.2 de la Ley antes citada, la decisión ha de adoptarse por un Real Decreto, de ello se deduce que resulta aplicable el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, por el que se regula en nuestro derecho el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias*" (…) "*Desde luego esta Sala tiene potestad suficiente para enjuiciar el cumplimiento de los elementos reglados cuando se ejerce una potestad discrecional en materia de organización. No cabe argumentar que en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de la potestad de autoorganización estamos ante un ámbito no controlable. Pues las decisiones jurisprudenciales correspondientes se referían, no a los elementos reglados en materia de procedimiento sino al contenido del ejercicio de la potestad de organización. Por otra parte las Sentencias mencionadas enjuiciaban normalmente ciertas cuestiones concretas de regulación y ordenación de las organizaciones administrativas, y no potestades generales como la que ha ejercido el Gobierno en el presente caso*.»

Reitera, pues, en la misma línea que la vista con anterioridad, el carácter normativo de la medida adoptada. Pero se precisa ahora que no se trataba la disposición controvertida de un verdadero reglamento y justamente la resolución se apoya en ello para excluir la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado y del organismo asesor en materia de telecomunicaciones (no así las otras exigencias y por eso llega a la postre a su misma conclusión):

«*Resulta de interés una de las cuestiones antes apuntadas, a saber, la de que no estamos ante un reglamento que establezca con carácter general derechos y obligaciones de los ciudadanos y de las Administraciones públicas. Precisamente por ello debemos acoger la argumentación del Abogado del Estado respecto a la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, pues como no se están regulando derechos y obligaciones la audiencia del Alto Cuerpo consultivo no es preceptiva. Por otra parte, contra lo que alega la Comunidad Autónoma de Madrid recurrente, no estamos ante una norma de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, pues el artículo 48 de esa Ley que regula la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no se refiere de ningún modo a la sede de la misma. Por idéntica razón debemos declarar que tampoco era preceptivo el dictamen del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, no obstante lo dispuesto en el artículo 2, apartado b) del Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre. Es de entender que debe conocer e informar los proyectos legislativos y reglamentarios que se refieran a su*

ámbito de competencia, pero ello sucede como en el caso del Consejo de Estado cuando se trate de establecer obligaciones y derechos.»

Por lo demás, en la misma línea se manifestó, con anterioridad, la STS de 3 de marzo de 2003 RCA 496/2001, en relación con los estatutos de la abogacía:

«*No nos encontramos ante una disposición general fundada directamente en la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, sino ante la manifestación de una potestad normativa reconocida por la Ley a las Corporaciones colegiales y en este caso concreto a los Consejos Generales de los Colegios, a los que por mandato del artículo sexto de la Ley de Colegios Profesionales compete la elaboración de los Estatutos generales, correspondiendo al Gobierno solamente su aprobación, de modo que el criterio orientador primordial sobre el procedimiento a seguir en aquella elaboración no ha de ser el regulado con carácter general para las disposiciones que se originan en la Administración del Estado, sino que el factor esencial de dicho procedimiento habrá de ser el recogido en la propia Ley reguladora de los Colegios, que en este caso establece como única exigencia que en la elaboración del Estatuto sean oídos los Colegios*.»

Recuerda esta doctrina la diferenciación a que apunta la doctrina alemana entre reglamentos en sentido estricto y disposiciones normativas administrativas de carácter interno. Y sirve en este caso para privar a las normas estatutarias del carácter de auténticas normas reglamentarias, aun sin rechazar su pertenencia al bloque más amplio y genérico de las disposiciones de carácter general.

Hemos de insistir. No se trata de preconizar la exclusión en bloque de la aplicación de las mismas reglas de los reglamentos a las demás disposiciones de carácter general. Pero sí de evitar aplicaciones miméticas e irreflexivas que se limitan sin más a trasladar las reglas específicamente previstos para aquéllos. No son lo mismo los reglamentos y las disposiciones de carácter general y ésta última categoría es más amplia y engloba especies normativas de signo heterogéneo.

Reconocida esta circunstancia, existen desde luego un conjunto de reglas comunes, empezando por las que dimanan directamente de la Constitución. Y es que las categorías jurídicas primarias siguen siendo a la postre el acto y la norma, esto es, trasladado al campo propio del Derecho administrativo, los actos administrativos y las disposiciones de carácter general. Y de ello sigue un régimen jurídico diferenciado.

Distintos son en efecto los requisitos de competencia y procedimiento, las reglas de la invalidez y de la eficacia, y su respectivo régimen de impugnación. A diferencia de los actos administrativos, en cuanto a la competencia, la aprobación de las disposiciones de carácter general queda reservada a los órganos superiores de cada Administración; y por lo que hace al procedimiento, éste ha de observar ineludiblemente en el caso de las disposiciones de carácter general, entre otras

exigencias, un trámite externo de participación ciudadana (amén de requerir un conjunto de estudios previos en forma de memorias). A diferencia de los actos, por lo demás, las disposiciones de carácter general sólo admiten la nulidad de pleno derecho como única especie de invalidez con las consecuencias consiguientes, sólo en algún caso moduladas (la STS de 22 de abril de 2014 RCA 72/2013); han de ser objeto de publicación y no de notificación; y pueden ser derogados en cualquier momento; si bien por otro lado su vigencia es indefinida hasta que se produce su modificación o derogación. En fin, son susceptibles de revisión de oficio como los actos administrativos, aunque no se contempla la acción de nulidad en tales casos; así como tampoco cabe el recurso administrativo contra las disposiciones de carácter general; y en sede judicial su impugnación cabe bajo dos modalidades, en forma de recurso directo e indirecto, habiendo diferencias también con los actos administrativos en el alcance del control, sin que quepa sustituir las disposiciones anuladas ni formular pronunciamientos de plena jurisdicción con motivo de su fiscalización.

Todas estas importantísimas reglas, diferentes a las de los actos administrativos, como acabamos de decir, son en cambio comunes a las distintas especies de disposiciones de carácter general, y así deben seguir siendo, incluso, en las especies asimiladas a ellas, como son los planes.

De la consideración de los planes como normas en su consecuencia resulta, pues, su asimilación a la potestad reglamentaria en los aspectos que acabamos de indicar: su publicación en lugar de su notificación, su vigencia indefinida, la viabilidad empleo del recurso directo e indirecto en sede jurisdiccional, la contemplación de la nulidad como única especie de invalidez, etc.

Pero, una vez reconocida la identidad nuclear existente entre los distintos instrumentos normativos, como tampoco existe –volviendo al inicio de este excurso– una convergencia total y absoluta, no significa ello que la regulación de que son objeto los reglamentos pueda trasladarse sin más a los planes. Valga, como ejemplo, la polémica suscitada en torno a la exigibilidad del informe de impacto por razón de género, puesta de manifiesto en la STS de 6 de octubre de 2015 RC 2676/2012.

Y es que como ya sostuvo nuestra doctrina más autorizada (García de Enterría y Parejo Alfonso), sin descartar su carácter normativo, el plan al fin y al cabo es "una norma cuya singularidad radica en que incorpora a sí misma la fase de su ejecución, prefigurando de forma absoluta el resultado de su aplicación". El plan desde un punto de vista formal es "una disposición de carácter general", y desde un punto de vista material "una disposición legal de complemento" de la legislación urbanística. El plan no es una simple norma ni un acto administrativo general o singular, sino algo nuevo que engloba lo que antes eran dos figuras distintas: la ordenanza y el proyecto de obra. Según estos dos autores, "ese contenido complejo" es el que "contribuye decisivamente a singularizar el plan como norma" y lo que explica que "su procedimiento de elaboración y el régimen de su publicidad y

efectos es específico y singular". Al decir también de Baño León, "conceptualmente la noción de plan es más amplia que la de norma". Los planes son "algo más que normas". Justamente es por eso por lo que también nosotros mismos hemos tenido ocasión de manifestar en más de una ocasión que el plan constituye en realidad la aportación más relevante desde este sector del ordenamiento jurídico a la parte general del derecho administrativo.

V. BREVE NOTA BIBLIOGRÁFICA.

Como el material del que me he servido para elaborar este trabajo ha sido de carácter esencialmente jurisprudencial, basta con la consiguiente mención efectuada en el texto a la fecha de las sentencias examinadas y al número de los recursos que dieron lugar a ellas para localizarlas sin dificultad. Aunque no está de más hacer referencia asimismo en esta nota, al menos, a la más temprana bibliografía recientemente surgida con ocasión de la aprobación de la Ley 39/2015 a propósito del régimen jurídico de la potestad reglamentaria de la Administración, centrada sobre todo en la nueva regulación de que ha sido objeto especialmente el procedimiento para la elaboración de las disposiciones de carácter general, aun cuando sin desentenderse por ello de otros aspectos: así, Santamaría Pastor, J.A. "Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas", *Revista española de Derecho administrativo 175* (2016), págs. 35 ss; Prieto Romero, C., "El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública 201* (2016), págs. 335 ss; Díaz González, G.M., "La reforma de las potestades normativas", *El Cronista del Estado social y democrático 63* (2016), págs. 70 ss. Dentro del capítulo de las obras colectivas cabría destacar en este temprana hora Martínez López-Muñiz, J.L., "La elaboración de los reglamentos", en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*; Editorial Universitaria de Sevilla, 2016, págs. 307 ss.. Y ni que decir tiene que la práctica totalidad de los manuales de la disciplina en derecho administrativo también se han adaptado en su última edición a las nuevas previsiones legales. En lo que concierne particularmente a la proyección de los principios de nueva generación (buena administración, transparencia y confianza legítima) en el ámbito de la potestad reglamentaria, también merece destacarse que este estudio es particularmente tributario de la aportación de Bandrés Sánchez-Cruizat, J.M., a la obra colectiva *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Iustel, 2016, coordinada por este mismo autor junto a Parejo Alfonso, L., cuyas contribuciones efectivamente se han seguido muy de cerca en tales casos. Y, en fin, las referencias entrecomilladas en torno a los planes de urbanismo introducidas al final del trabajo provienen de sendas obras de referencia en el Derecho urbanístico, como son las de García de Enterría, E. y Parejo Alfonso, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, 1981, 2ª edición (la 1ª es de 1979) y la de Baño León, J.M., *Derecho urbanístico común*, Iustel, 2009.

RESUMEN

Este estudio se centra sobre el régimen jurídico de la potestad reglamentaria de la Administración según resulta particularmente de la jurisprudencia recaída en torno a ella. El control judicial así recaído sobre el ejercicio de esta potestad así recaído se ha efectuado sobre la base de las distintas exigencias sustantivas y formales establecidas al respecto por el ordenamiento jurídico. Después de repasar el alcance concreto de estas exigencias, al final, profundiza este estudio sobre las dificultades existentes para la delimitación conceptual de la categoría que constituye su objeto, no obstante la relevante repercusión práctica de esta cuestión, habida cuenta de que los actos administrativos son objeto de una disciplina diferente, y se apunta también a la necesidad de distinguir los reglamentos en sentido estricto de las (demás) disposiciones de carácter general.

PALABRAS CLAVE: Potestad reglamentaria – control jurisdiccional – discrecionalidad administrativa – actividad administrativa.

ABSTRACT

This study is focused on the legal regime of the regulatory authority of the Administration as it is particularly the jurisprudence relapse around it. The judicial control on the exercise of this power has been made on the basis of the different substantive and formal requirements established in this regard by the legal system. After reviewing the concrete scope of these demands, in the end, this study deepens on the existing difficulties for the conceptual delimitation of the category that constitutes its object, but the relevant practical repercussion of this question, given that the administrative acts are subject of a different discipline, and also points to the need to distinguish the regulations in the strict sense of the (other) provisions of a general nature.

Keywords: Regulatory power – judicial control – administrative discretion – administrative activity.

CONTRATACIÓN VERBAL E INGRESOS OBTENIDOS ILÍCITAMENTE

Felio José Bauzá Martorell
Vocal del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Sumario:

I. LA HABITUALIDAD DEL CONTRATO VERBAL.
II. LOS EFECTOS DEL CONTRATO VERBAL, ENTRE LA LEGALIDAD Y LA OPORTUNIDAD.
a) Apariencia de contrato y enriquecimiento injusto.
b) Uso torticero de la revisión de oficio.
III. INGRESOS OBTENIDOS ILÍCITAMENTE.
a) Instrucciones para el pago de contratos verbales.
b) Reacción de la doctrina consultiva.
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE *LEGE FERENDA*.
V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA HABITUALIDAD DEL CONTRATO VERBAL.

Genera no poca frustración a los juristas comprobar la disociación entre el ser y el deber ser de las instituciones jurídicas, cuando el legislador va por un lado y la realidad por otra. El desengaño es mayor cuando esa separación se asume con pasmosa naturalidad y deriva hacia la cronificación y en definitiva la descomposición del Derecho.

Esto es lo que sucede con la contratación verbal, que se encuentra terminantemente prohibida en la legislación de contratos y sin embargo en la función consultiva aparece con muchísima frecuencia.

En efecto, las leyes de contratos –las habidas y las que están por venir[1]– no dejan lugar a dudas en este sentido. El vigente art. 28 TRLCSP –como lo hicieran los arts. 28 LCSP, art. 55 LCAP, art. 10.3 RGCE; y como lo hace el art. 37 del

1 Sobre el fervor normativo en nuestro país en materia de contratos no puede dejar de aludirse a Santamaría Pastor, J.A. «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación administrativa» *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159. Julio-septiembre 2013, págs. 25 a 36.

anteproyecto de ley de contratos– sienta el carácter formal del contrato del sector público, derivado de la necesidad de respetar los principios informadores de la contratación administrativa. De ahí se explica la necesidad de un expediente de contratación (art. 109 TRLCSP) como excepción al principio de libertad de forma del acto administrativo con carácter general (art. 36 LPAC)[2]. No de otra manera pueden garantizarse la concurrencia competitiva, la publicidad, la igualdad o la objetividad.

La consecuencia obligada de lo anterior es que el contrato verbal, a salvo la situación de emergencia (art. 113 TRLCSP) se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico y su celebración, en caso de darse, se encuentra viciada de ilegalidad.

II. LOS EFECTOS DEL CONTRATO VERBAL, ENTRE LA LEGALIDAD Y LA OPORTUNIDAD.

Siendo esto así, la sujeción de la Administración a la Constitución y la ley (art. 103 CE) determina la reacción del ordenamiento al contrato verbal, que no es otra que la nulidad *a radice* por aplicación del art. 32 TRLCSP en relación al art. 47.1.e LPAC y tratarse de actos preparatorios del contrato o de la adjudicación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

La doctrina consultiva es unánime a la hora de fundamentar la calificación de la nulidad del contrato verbal, pudiendo citarse el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 611/2014, de 24 de septiembre, según el cual

«*En cuanto al fondo del asunto, se propone la nulidad de los servicios prestados desde el 10 de septiembre al 17 de noviembre de 2013.*

Pues bien, la prestación de tales servicios no tuvo cobertura contractual formalizada, por lo que nos encontramos ante una contratación verbal, prohibida por la normativa de contratación (art. 28.1 del TRLCSP, siendo así evidente que concurre la causa de nulidad prevista en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, al que se remite el citado artículo 32, letra a) del TRLCSP, consistente en que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, pues no existe trámite alguno relativo a tal contratación.

IV Las consecuencias que produce la nulidad del contrato se encuentran previstas en el artículo 35.1 del TRLCSP, de acuerdo con el cual "la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o

---

2 García Luengo, J. *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*. Iustel. Madrid, 2016.

3 Moreo Marroig, T. «La contratación irregular y sus consecuencias», *Contratación Administrativa Práctica* núm. 114. La Ley. Diciembre 2011, pág. 30.

definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Hasta aquí el principio de legalidad se proyecta en toda su extensión sin que ofrezca duda alguna: la Administración celebra un acto viciado y ese acto deviene inválido con arreglo al dato positivo de la ley.

No obstante lo anterior, el principio de oportunidad entra en escena para oponerse a la legalidad. El razonamiento es el siguiente: existen dificultades –ya sean presupuestarias, de celeridad…– para celebrar un contrato administrativo conforme a un expediente, y para ello acudimos directamente a la contratación verbal, siendo conscientes de que el acto nulo es revisable de oficio y que por esa vía seremos capaces de proceder al pago, travestido en forma de indemnización al destinatario del acto administrativo que anulamos.

Esta forma de proceder, consciente de la ilegalidad que se comete, puede tener alguna justificación de acuerdo con el concepto jurídico indeterminado del interés general: en una etapa de crisis presupuestaria no es posible formalizar documentos contables de retención de crédito si la partida no se encuentra suficientemente dotada; o bien un contrato de servicios expira su duración y la licitación se ha alargado en el tiempo como consecuencia de denuncias o impugnaciones de licitadores, de manera que, mientras se resuelve la adjudicación, se requiere al anterior contratista que siga prestando sus servicios porque no pueden interrumpirse (seguridad, limpieza…).

En este sentido en algunos casos muy puntuales podría admitirse que, al amparo del interés general, el imperio de la ley se viera resentido. Fuera de estos casos, acudir conscientemente al contrato verbal de manera sistemática con la esperanza de que el acto es revisable y que en consecuencia se podrá satisfacer el pago en forma de indemnización es sencillamente un fraude de ley.

a) Apariencia de contrato y enriquecimiento injusto.

La perversión del sistema en este caso es doble: por un lado deviene estéril pensar que el acto nulo no produce efecto alguno, dicho de otra forma, que el Derecho no tutela los efectos de los actos inválidos[4]. Antes al contrario en este caso el acto nulo sí produce efectos, en tanto desencadena la realización de una obra o la prestación de un servicio al margen de un título habilitante, que finalmente se acabará pagando con tal de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

---

4 Cano Campos, T., *Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general*. En Gamero Casado (Dir), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Tirant lo Blanch, pág. 1909.

El encargo verbal que efectúa un empleado público o una autoridad genera en el contratista la apariencia de la licitud del mismo. En la mente del empresario sólo existe el interés en generar actividad y, aunque es sabedor que la contratación se rige por un procedimiento de concurrencia competitiva, el hecho de que el encargo provenga de una persona aparentemente autorizada para ello, determina que se realice la prestación.

No siempre se revisa de oficio el contrato verbal; en ocasiones el contratista debe exigir el pago de su prestación en sede judicial y los Tribunales –siempre que se acredite la prestación– condenan a la Administración al pago con base en la doctrina del enriquecimiento injusto.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 411/2011, de 26 de mayo de 2011 (rec. 448/2009) analiza este concreto supuesto y entiende

«*Como ya indicamos en reciente sentencia de esta Sala Nº 287 de 27 de abril de 2011, " la ausencia de expediente de contratación o la falta de suscripción formal de contrato de suministro entre el Ayuntamiento y la recurrente, no son causas suficientes como para concluir que por tal razón la Administración no debe proceder al pago de sus proveedores. El principio de enriquecimiento injusto impide el que la administración contratista pueda escudarse en su propio incumplimiento –falta de tramitación de expediente de contratación– para eludir el pago de aquellas obras o suministros que encargó al margen del procedimiento establecido. En consecuencia, si la Administración ha encargado la obra o suministro, se beneficia de los mismos y no se está en el caso de que tales suministros obedezcan a la iniciativa particular del suministrador ni se evidencia voluntad maliciosa del mismo, procederá el pago aunque no le preceda expediente de contratación tramitado en forma".*

En el caso que nos ocupa, la administración demandada alega que "de la documentación obrante en el expediente administrativo" se desprende que no existe relación contractual con la Administración que legitime la reclamación que se ejercita. No obstante, debe partirse de la premisa de que la ausencia de contrato documentado es imputable a la misma parte que invoca esta deficiencia en su defensa y por tanto una vez admitido que el compromiso puede resultar de acuerdo verbal, lo realmente relevante es acreditar: a) que dicho compromiso existió; b) que los trabajos se han realizado conforme a lo comprometido; y c) que el importe reclamado se corresponde con el pactado o con el real del mercado.

(...). Es decir, cada una de las facturas ha sido verificada por funcionario o autoridad de la Administración demandada estampando sello de "conforme" y firmando personalmente, lo que solo puede entenderse como el resultado de la comprobación relativa a que los trabajos relacionados en la factura se corresponden con los contratados y que sí se han realizado conforme a lo estipulado. (...)

Por lo anterior, la misma Administración –cuyas autoridades y/o funcionarios han sellado la conformidad de las facturas– se encuentra ahora en la incómoda posición de negar aquello que ha reconocido expresamente. Y más difícil para la demandada es justificar la razón por la cual unas facturas sí se pagan y otras no, cuando todas responden por igual a trabajos encargados de forma verbal, facturados y aceptados de igual forma por funcionario/autoridad de la Conselleria. Así durante el primer semestre de 2007, la empresa presentó facturas por importe de 51.890,45 € de las cuales se abonaron unas por importe de 21.044,83 € y se denegó el pago de las que suman 30.845,62 € que ahora se reclaman, sin que exista diferencia entre unas y otras.

Para negar el pago, la administración invoca incumplimientos procedimentales que sólo a ella son imputables, como que "el pago de los referidos trabajos debería ir precedida de una reserva y aprobación del gasto para hacer frente a las obligaciones contraídas"; que "la normativa en materia de contratación exigía la tramitación de un procedimiento negociado" que "no aparece en el expediente decisión, acuerdo o manifestación de voluntad en el sentido de contratar los trabajos reclamados por parte de ningún órgano administrativo con competencias en materia de contratación conforme al Decreto 147/2000". Estas deficiencias –también presentes en las facturas que la Administración sí abonó– aunque en el peor de los casos condujeran a la nulidad de los contratos pactados de forma verbal (nulidad que no vemos en las facturas de cuantía inferior a 3.000 €), no por ello la Administración quedaría liberada de pagar el valor de los trabajos por ella encomendada ya que al caso le sería de aplicación la doctrina jurisprudencial que aprecia en tales supuestos un injusto enriquecimiento de la Administración contratante.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por la procedencia del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión, y así lo proclaman las Sentencias de 22 de mayo y 21 de septiembre del 2000 , 30 de septiembre de 1999 y 14 de enero de 1997 , entre otras. La STS de 22 de mayo del 2000 precisa que las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento no se derivan de un contrato administrativo, refiriéndose al abuso que supone el desentenderse la Administración de obligaciones contraídas basándose en la nulidad de las mismas por infracciones formales causadas por ella, justificando la procedencia del pago de la cantidad reclamada en la llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante al campo del Derecho público de la teoría de la "negotiorum gestio" como fuente de las obligaciones, afirmando que existe un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y la sociedad reclamante, y, además de ello, basando el aludido pago en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa.

(...) Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación

1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979 , 12 de marzo de 1991 , 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997)

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990)"

En consecuencia el principio de enriquecimiento injusto impide el que la administración contratista pueda escudarse en su propio incumplimiento –nemo potest propriam turpitudinem allegare– para eludir el pago de aquellos trabajos o

suministros que encargó al margen del procedimiento establecido. Si la Administración ha encargado la obra o suministro, se beneficia de los mismos y no se está en el caso de que tales suministros obedezcan a la iniciativa particular del suministrador ni se evidencia voluntad maliciosa del mismo, procederá el pago aunque no le preceda expediente de contratación tramitado en forma.

Que la Administración encargó los trabajos y se realizaron a satisfacción de la misma se acredita mediante el sello de "conforme" seguido de firma del funcionario/autoridad de la Conselleria que encargó los trabajos, por lo que no se está en el caso de servicios o trabajos realizados a iniciativa particular de la empresa reclamante para lograr su cobro.

Tampoco se evidencia voluntad maliciosa en la empresa recurrente al aceptar trabajos sin la tramitación administrativa formalizada en la forma que ahora exige la Administración demandada ya que la actuación precedente de la misma administración, encargando y pagando similares trabajos a la misma empresa, genera en la misma la confianza legítima en que actuaba de conformidad a un procedimiento administrativo por cuya corrección debía velar la Administración y no la empresa contratada[5]».

En consecuencia no podemos seguir afirmando que el acto nulo no produce efectos, porque en el caso del contrato verbal, a pesar de su nulidad de pleno derecho, sí surte efectos.

b) Uso torticero de la revisión de oficio.

El recurso sistemático a la revisión de oficio por parte de determinados entes u organismos es rotundamente fraudulento[6].

Si la nulidad es un vicio de legalidad de interpretación restrictiva, más restrictiva debe ser la revisión de oficio[7], que es contraria a la seguridad jurídica y a la doctrina de los actos propios[8]. De ahí que esta institución jurídica tenga sus propios límites (art. 110 LPAC).

No podemos olvidar un axioma fundamental en todo este proceder: la Administración no puede dictar voluntariamente y a capricho un acto nulo. La

---

5 El subrayado es nuestro.

6 El Dictamen del Consejo Consultivo de Baleares 77/2016, de 9 de junio de 2016 califica este recurso como un abuso de derecho.

7 Bocanegra Sierra, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*. Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. 1998. Del mismo autor, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1977. Carbonell Porras, E., Revisión de actos en vía administrativa; en Gamero Casado (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Tirant lo Blanch, págs. 2314 a 2364.

8 Soriano García, J.E., "Non venire contra factum proprium", en Santamaría Pastor, J.A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Wolters Kluwer. Madrid, 2010, págs. 427 y ss.

revisión de oficio consiste en aquella reacción del ordenamiento frente al acto dictado en su momento, que ahora se aprecia nulo; por ejemplo, se otorga licencia urbanística sin apreciar que no se podía conceder. En ese caso se revisa la licencia y se indemniza al particular por los costes en que el acto administrativo le hubiera hecho incurrir.

No es de recibo que el principio de legalidad opere exclusivamente en el momento temporal del pago al proveedor y no lo haya hecho en el momento de contratar.

El dilema en que se encuentran los órganos consultivos a la hora de informar esta práctica es que el contrato efectivamente es nulo y que los actos nulos son revisables. Este silogismo, en una primera aproximación impecable *de lege lata*, se torna en fraudulento cuando se aprecia una voluntad de infringir el ordenamiento, que no es otra que la adjudicación directa soslayando un procedimiento de licitación. A partir de aquí el instituto de la revisión de oficio se torna inidóneo porque esconde una práctica torticera incompatible con la legalidad. Aparentemente la revisión de oficio es procedente porque pretende reconducir a la legalidad un acto nulo, si bien, al levantar el velo, resulta que la revisión de oficio se erige en una proyección de la ilegalidad que fue el contrato verbal.

Por último no puede olvidarse que, si lo que se pretende es poder pagar al contratista, existen otros medios en el ordenamiento como un expediente de enriquecimiento injusto o un reconocimiento extrajudicial de créditos. No en vano el Consejo Consultivo de Baleares en su Dictamen 149/2014, de 22 de diciembre de 2014 se refiere a este asunto al señalar que

«*el Consejo Consultivo considera que la Administración no puede continuar con el uso generalizado el procedimiento de revisión de oficio –como parece deducirse de las ya numerosas consultas formuladas a este órgano asesor en relación a expedientes de gasto– para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Es decir, el órgano consultante ha convertido en ordinario y ha normalizado un supuesto que debiera ser excepcional, de manera que el Consejo Consultivo no puede admitir que se revisen actos nulos de pleno derecho con carácter general. La utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente inidónea, toda vez que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede hallar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto.*

III. INGRESOS OBTENIDOS ILÍCITAMENTE.

Partimos en consecuencia de varias premisas: la primera es que el contrato verbal es nulo y sin embargo produce efectos; y la segunda es que –si la prestación se ha llevado a cabo– la Administración debe proceder al pago.

La pregunta obligada es entonces cuál es el importe a satisfacer. Porque lo que carece de sentido es que haya que pagar al contratista el importe que él determina unilateralmente sin más. En todo caso, habrá que ver si se había pactado (verbalmente) un precio del contrato. Y aun así, no se olvide que el contratista es conocedor que para contratar con la Administración hace falta un procedimiento de concurrencia competitiva, de manera que –aceptar la adjudicación directa por encima de los umbrales permitidos– debe conllevar algún tipo de penalización, como por ejemplo el descuento del beneficio industrial.

a) Instrucciones para el pago de contratos verbales.

El abuso de la contratación verbal y la consiguiente revisión de oficio no nace con un arranque de espontaneidad de algún responsable de contratación. Antes al contrario responde a un plan preconcebido con un apoyo cuasi normativo. No de otra forma se explican las instrucciones dictadas recomendando esta práctica[9].

Así, puede citarse la Instrucción 8/2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se establecen las actuaciones a seguir por los órganos de contratación para la declaración de nulidad de los expedientes de contratación administrativa. En su punto segundo esta Instrucción alude expresamente nada menos que a «*la convalidación de gastos mediante la declaración de nulidad del contrato administrativo, a través de una revisión de oficio*». Esta Instrucción fue derogada y sustituida por la 12/2011, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 15 de noviembre de 2011, por la que se establecen las actuaciones a seguir por los órganos de contratación para la declaración de nulidad en los expedientes de contratación administrativa. En su número segundo esta Instrucción reproduce literalmente la expresión de 2004 de que la revisión de oficio constituye un medio para la convalidación de gastos.

Por su parte y siguiendo el mismo patrón, en Baleares la Intervención General y la Abogacía de la Comunidad autónoma dictaron la Instrucción 1/2012, de 12 de marzo, sobre la tramitación que se ha de seguir en supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular. En su punto 5.b esta Instrucción obligaba a los servicios técnicos a confeccionar la liquidación del contrato o la indemnización que se deba de aprobar, obligando a que el coste económico se ciña al enriquecimiento injusto de la Administración, es decir, «*al valor de la cosa que la Administración haya recibido, y no es procedente un incremento en concepto de beneficio industrial*».

No obstante lo anterior e inmediatamente posterior a la formulación de voto particular en el expediente 68/2016, en el que se defendía la aplicación de este punto 5.b de la Instrucción y en consecuencia que se descontara el beneficio industrial del

9 Bauzá Martorell, F.J., «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 181. Octubre-diciembre 2016, págs. 225 a 250.

precio reclamado por el contratista, paradójicamente se dicta la Instrucción 3/2016, de 20 de julio, del Interventor General de la Comunidad Autónoma y del Director de la Abogacía, por la cual nada menos que se suspende provisionalmente la aplicación del apartado 5.b in fine de la Instrucción 2/2012 con la justificación de que «*resulta un efecto ad extra que puede perjudicar a terceros*» (sic)[10]

b) Reacción de la doctrina consultiva.

No puede dejar de mencionarse, por su pulcritud jurídica y por su valentía el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 270/2002, de 23 de octubre de 2002, que informa favorablemente un expediente de revisión de oficio de un contrato verbal de obras, si bien, en materia de liquidación, considera al contratista cocausante de un daño a la Administración, considerando que debe detraerse el beneficio industrial del precio a satisfacer:

En el mismo plano de los efectos que produce la declaración de nulidad, el artículo 47 del Reglamento General de Contratación, prevé que la parte que resulte culpable indemnice a la contraria de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido. Este precepto plantea la cuestión relativa a si la violación de deberes de diligencia en la celebración del contrato puede servir de fundamento a alguna pretensión adicional a la puramente restitutoria nacida de la nulidad de los contratos, en concreto, el abono del beneficio industrial.

«*En este caso, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata. Debe tenerse muy presente que con la contratación administrativa no se persigue la satisfacción de los intereses puramente particulares de quien contrata con la Administración, sino, fundamentalmente, los intereses generales, para cuya defensa se articulan una serie de instrumentos, tanto de índole formal como sustantiva, recogidos en la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación, de forma tal que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica y sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre el mismo las consecuencias negativas de tales vicios. Así las cosas, un elemental juicio de razonabilidad indica que las culpas de la Administración y de los contratistas han*

10 La diferencia entre la Instrucción canaria y la balear, es que la primera contiene un procedimiento para la declaración de la nulidad, que pasa por un informe memoria del centro gestor, resolución de inicio, la conformidad del contratista a la nulidad del contrato administrativo, visto bueno de la Dirección General de Recursos Económicos, resolución de declaración de nulidad del contrato, liquidación del mismo, pago al tercero del valor de la prestación y, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios irrogados. En cambio en Baleares la Instrucción carece de procedimiento, al tiempo que directamente se camufla el pago de la prestación en la teórica indemnización del art. 106.4 LPAC.

concurrido decisivamente, y con grave violación de deberes de diligencia por parte de ambos, a la producción de la nulidad. En estas condiciones, como afirma la jurisprudencia, es ociosa una mayor o menor gradación de las respectivas culpas desde el momento en que concurren de modo absolutamente determinante a la producción del resultado; y, siendo ello así, las culpas se compensan.»

Esta solución es realmente idónea para un contrato de obras; otra cosa es el contrato de servicios, en el que no existe como tal el beneficio industrial. Precisamente en materia de contrato verbal de servicios no podemos dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 36/2010, de 19 de enero de 2010 (rec. 862/2005), que analiza el siguiente supuesto: cinco empresas de comunicación que comparten socios, facturan al Servicio de Salud nada menos que 373.692,76 euros en concepto de creación de campañas publicitarias, a través de 35 facturas, todas ellas por importe inferior al contrato menor; de ellas la Administración paga 318.691,36 euros y deja de pagar el resto por entender que se trata de los honorarios profesionales por tales campañas.

En su Fundamento de Derecho Cuarto el Tribunal califica como de supuesto insólito que (1) no se pueda demostrar quién o qué órgano encargó las campañas, (2) los trabajos se realicen a través de cuatro empresas distintas, (3) que facturan cada una de ellas por debajo del límite cuantitativo del contrato menor, (4) existiendo entre ellas una relación clara desde el momento que tienen en común un mismo socio, y (5) acuden todas ellas a reclamar bajo la misma representación y defensa.

El Tribunal hace suyos los argumentos de la Administración demandada y aprecia mala fe y actuación maliciosa de los demandantes por cuanto «*no se da cumplida explicación del por qué los trabajos realizados no podían ser hechos por la misma empresa y se necesitaron cuatro distintas, si cada una de ellas podías hacer por sí misma la totalidad de esas campañas, ya que todas ellas tienen el mismo objeto social. Y se deduce de ese comportamiento que se buscó dividir un mismo trabajo, para facturarlo por el límite máximo que escapa a los procedimientos que rigen la contratación administrativa y que conducen a la libre concurrencia y a los principios de igualdad*».

Así, por una parte la sentencia admite que la Consejería es responsable de los gastos generados por esas campañas, pues debió impedir que aquellas tuvieran lugar ante la manifiesta ausencia de soporte presupuestario y ausencia de cumplimiento de la normativa de contratación, de forma que «*la omisión de esa diligencia la coloca en una situación de culpa in vigilando y ha de responder del perjuicio que ello causó a las actoras y a terceros*».

Sin embargo y respecto a los honorarios profesionales de las recurrentes, el Tribunal –en coherencia con la apreciación de esa voluntad maliciosa– entiende que «*quien se aventura a una actuación de ese tipo y trasciende los mecanismos que rigen la contratación administrativa asume un claro riesgo, y queda exenta de la*

protección de la teoría del enriquecimiento sin causa, de forma que no puede exigir a la Consejería, el pago de sus honorarios ya que no puede resultar beneficiada por un comportamiento claramente malicioso».

Ciertamente no deja de ser original este planteamiento, que llama la atención sobre el hecho de que un contratista es perfectamente conocedor de la existencia de la legislación de contratos del sector público, sin que pueda escudarse en una suerte de *ignorantia legis*. La realización del encargo verbal forzosamente le sitúa en una posición de riesgo, que no puede dejar de asumir, en el sentido de que puede que sólo vea resarcidos sus gastos o incluso podría ni siquiera alcanzar a cobrar.

Esta Sentencia constituye, como decimos, una excepción a la regla general en la jurisprudencia, como también lo es en la doctrina consultiva el Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía al que nos hemos referido, para el cual «*la restitución sólo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente), dado que, al ser contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el reiterado artículo 47 del Reglamento General de Contratación, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo éstos) soportados por quien la efectuó*».

Este Dictamen resulta más explícito que la Sentencia referida, por cuanto fundamenta la exclusión del beneficio industrial en que los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, «*pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata*».

De alguna manera este Dictamen articula una suerte de corresponsabilidad en los vicios del contrato y de una compensación de culpas: la Administración retribuye los costes que ha experimentado el contratista, pero éste –asumiendo su parte de culpa– sólo puede percibir tales costes y debe renunciar a sus honorarios.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE *LEGE FERENDA.*

No son pocos los autores que vienen reivindicando desde antiguo la necesidad de contar con una teoría general de la nulidad del acto[11], que paradójicamente hoy por hoy sigue sin existir.

---

11 Santamaría Pastor, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972.

Posiblemente esta teoría general daría solución a la problemática que presenta una solución –forzada, por no decir ilegal– de nulidad y revisión con el solo pretexto administrativo de poder efectuar un pago.

Este es un ejemplo de la condición humana, la de complicar las cosas, buscando recovecos normativos que permitan alcanzar un fin por muy espurio que sea.

A mayor abundamiento lo preocupante es la relajación de la contratación, la inercia de la contratación verbal, en la que llevamos mucho tiempo instalados y en cuya continuidad nos jugamos el respeto a la ley y en definitiva el Estado de Derecho. Cuesta entender por qué en unos casos soslayar un procedimiento de contratación es constitutivo de un delito de prevaricación[12] y en otros sencillamente la misma acción se viste de un ropaje formal que realmente no es tal.

Sea como fuere, resulta imprescindible una seria reflexión y un esfuerzo para reconducir una situación que no puede consentirse un minuto más.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Bauzá Martorell, F.J., «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto» *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 181. Octubre-diciembre 2016, págs. 225 a 250.

- «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 175. Enero-marzo 2016, págs. 127 a 159.

Bocanegra Sierra, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*. Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. 1998.

-*La revisión de oficio de los actos administrativos*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1977.

Cano Campos, T., «Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general», en GAmero Casado (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

Cargonell Porras, E., «Revisión de actos en vía administrativa», en GAmero Casado (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

García Luengo, J., *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo.* Iustel. Madrid, 2016.

---

12 Bauzá Martorell, F.J., «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 175. Enero-marzo 2016, págs. 127 a 159.

Moreno Marroig, T. «La contratación irregular y sus consecuencias» *Contratación Administrativa Práctica* núm. 114. La Ley. Diciembre 2011.

Santamaría Pastor, J.A. «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación administrativa» *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159. Julio-septiembre 2013. Págs. 25 a 36.

-*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972.

Soriano García, J.E. «Non venire contra factum proprium» En Santamaría Pastor, J.A. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Wolters Kluwer. Madrid, 2010, págs. 427 y ss.

RESUMEN

Pese hallarse prohibida por la legislación de contratos, la contratación verbal es un fenómeno extendido en las Administraciones Públicas españolas, que hace acopio de la revisión de oficio para proceder al pago del proveedor que ha prestado servicios al margen de un título habilitante. En este artículo se analiza el uso fraudulento de la revisión de oficio, en el que se invoca una legalidad que ha sido transgredida conscientemente en un estadio primitivo del procedimiento.

Palabras Clave: Contratación pública – revisión de oficio de actos nulos – contratos verbales – enriquecimiento injusto.

ABSTACT

Despite being prohibited by the contract legislation, verbal contracting is a widespread phenomenon in the Spanish Public Administrations, which collects the ex officio review to proceed the payment of the provider that has worked outside of an enabling title. This article analyzes the fraudulent use of the ex officio review, in which a legality that has been consciously transgressed in a primitive stage of the procedure is invoked.

Keywords: Public Contract Legislation – ex officio review of null acts – verbal contracts – unjust enrichment.

Otros estudios

HACIA UNA REFORMA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA: PROPUESTAS PARA SEGUIR AVANZANDO EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Albert Noguera Fernández
Profesor de Derecho Constitucional
Universitat de València

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. AVANCES LOGRADOS EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA.
a) El TEDH y la protección de los derechos sociales.
b)Ampliación de las garantías normativas y de control de la CSE.
III. HACIA UNA REFORMA DE LA CSE REVISADA: MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS.
a) La legitimidad pasiva: reclamaciones contra terceros privados y responsabilidad extraterritorial.
b) La legitimidad activa: reclamaciones individuales, principio de personalidad y reconocimiento de nuevos sujetos colectivos informales.
IV. CONCLUSIONES.
V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce conjuntamente, de manera mezclada y sin ningún tipo de clasificación ni distinción entre ellos, derechos de todo tipo: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la llegada de la guerra fría y de la lucha entre bloques ideológico-territoriales opuestos (capitalista-socialista), cada uno de ellos anclado en la defensa de un grupo de derechos y exclusión de los otros, supuso el inicio de la frag-

mentación y categorización de los distintos grupos de derechos[1]. La diferenciación, a partir de este momento, en las Constituciones y en los tratados internacionales de derechos entre derechos de primera y de segunda (o incluso, entre derechos y "no derechos"), se constituye como una categorización al servicio de los distintos paradigmas ideológico-políticos de "negación parcial de derechos"[2], en tanto que de esta diferenciación se derivan grados distintos de protección para cada uno de los grupos de derechos.

El Consejo de Europa no escapó de esta división. En él, la protección de los derechos civiles y políticos se reguló en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)[3] de 1950, controlado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)[4], mientras que los derechos sociales se regularon más tarde en un tratado aparte, la Carta Social Europea (en adelante, CSE)[5] de 1961 cuyo control de cumplimiento corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS), y cuyos derechos surgieron con grados inferiores de garantías que los primeros.

Si bien, en un primer momento, existía un clarísimo peso jurídico desigual entre el CEDH y la CSE, y distintos mecanismos de supervisión y control de ambos tratados que convertían a los derechos sociales en derechos de segunda, durante los últimos años se ha producido una extensión de las garantías normativas y de control de la CSE que ha reducido el desequilibrio inicial.

El presente artículo propone dar un paso más allá para seguir avanzando en una mayor justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa. En

---

1 Alston, P., "Economic and Social Rights", en Henkin, L. y Hargrove, J.L., (eds.), *Human Rights: an Agenda for the Next Century*, ASIL, Washington DC, 1994, pág. 152.

2 Peces Barba, G., Lecciones de Derechos Fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 58 y ss.

3 El Convenio se abrió a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953, en la actualidad son 47 los Estados miembros que lo han ratificado. El texto ha sido modificado y complementado en numerosas ocasiones por distintos Protocolos. El CEDH recoge un amplio conjunto de derechos civiles y políticos. El Estado español ratificó el Convenio el 4 de octubre de 1979.

4 Se trata de un tribunal internacional de carácter permanente que actúa a instancia de los Estados parte del Convenio o en virtud de las demandas que pueden presentar los particulares, los Estados miembros se comprometen, según el artículo 46 del Convenio, a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

5 El texto originario de la CSE se adoptó el 18 de octubre de 1961. Ésta contiene un amplio elenco de derechos sociales y de instrumentos de control. El texto originario fue ampliado por tres Protocolos (el primero, de 5 de mayo de 1988, fue una adición de derechos; el segundo Protocolo, de 21 de octubre de 1991, se orienta a una mejora de los mecanismos de control y el tercero de 9 de noviembre de 1995, estableció el sistema de reclamaciones colectivas; cuya acumulación provocó el 3 de mayo de 1996 la aprobación de la llamada "Carta Social Europea revisada", con la finalidad de remplazar paulatinamente el texto anterior, conforme los Estados miembros fueran ratificando los distintos Protocolos. Cabe señalar que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado la Carta (43 de los 47 y 10 de ellos sólo la originaria, el resto ya la revisada) y tan sólo 15 de ellos han aceptado el Protocolo de Reclamaciones Colectivas. España ratificó en su totalidad la CSE (BOE de 26 de junio de 1980) y firmó el Protocolo de 1988 (BOE de 25 de abril) y el de 1995. No ha ratificado, en cambio, la Carta Social Europea revisada (firmada el 3 de mayo de 1996) ni ha firmado el Protocolo que establece el sistema de reclamaciones colectivas.

concreto, vamos a ver dos cuestiones: primero los avances producidos, en este sentido, durante los últimos años. Y, en segundo lugar, formularemos una propuesta de reforma de la CSE revisada que puede contribuir al objetivo señalado.

II. AVANCES LOGRADOS EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA.

Algunos de los avances recientes que han contribuido a una mayor justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa son: por un lado, el paso de una división de competencias estricta en cuanto a la justiciabilidad de grupos de derechos entre TEDH y el CEDS a una práctica de complementariedad entre ambos órganos. Cada vez es más normal ver al TEDH intervenir en la protección de los derechos sociales, a pesar de que estos no se incluyen en el CEDH. Y, por otro lado, la modificación de determinados aspectos del sistema de supervisión de la CSE que ha permitido superar, parcialmente, algunos de sus límites iniciales. Veamos estos dos aspectos.

a) El TEDH y la protección de los derechos sociales.

Aunque, de acuerdo con el art. 19 del Convenio, el TEDH se encarga sólo del control de cumplimiento del CEDH que recoge, únicamente, derechos civiles y políticos, encontramos cada vez más, en la práctica, diversos episodios en lo que el Tribunal juega un importante papel en la protección de derechos sociales[6]. Los mecanismos a través de los cuales el Tribunal juega tal papel son, principalmente, tres:

En primer lugar, a partir de 2008-2009 se produce un cambio de línea jurisprudencial importante del TEDH, a partir de la cual empieza a utilizar algunos derechos de naturaleza mixta establecidos en el CEDH y sus protocolos, como la libertad sindical o la prohibición del trabajo forzoso, para llevar a cabo una protección de derechos sociales o prestacionales conexos a los mismos, procediendo incluso a utilizar de manera abundante la jurisprudencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

---

6 Sobre ello, puede verse: Sudre, F., "La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux", *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, págs. 467-478 ; Pérez Alberdi, R., "La jurisprudencia social del tribunal europeo de derechos humanos", *Lex social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 1, No. 1, 2011, págs. 93-105; Nivard, C., "La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa", *Lex social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 6, No. 2, 2016, págs. 12-33.

7 Sobre esta cuestión se remite en extenso al estudio de S. Sanz. En el mismo, la autora se refiere a la jurisprudencia social del TEDH destacando la utilización de la doctrina de la OIT respecto de la prohibición del trabajo forzado, la vida privada y familiar en relación con el contrato de trabajo, la libertad de expresión en las relaciones laborales y los derechos de reunión y asociación (Sanz, S., "A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE-UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, Logroño, 2014).

Un ejemplo claro de ello es el derecho de huelga y de negociación colectiva. El art. 11 del CEDH recoge el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, pero no menciona directamente ni la negociación colectiva ni el derecho de huelga. La posibilidad de derivar de este art. 11 la protección de los mismos había sido rechazada por el TEDH en diversos pronunciamientos, negando que los Convenios 87 y 98 de la OIT o la doctrina de los órganos de supervisión de los mismos fueran relevantes para la interpretación del alcance del mencionado artículo que recoge la libertad de asociación[8]. No obstante, la situación cambió sustancialmente a partir de 2008-2009, con los asuntos *Demir and Baykara*[9] y *Enerji Yapi-Yol Sen*[10] contra Turquía, momento desde el cual el Tribunal varió su jurisprudencia, aceptando el carácter indisociable de la protección de la libertad sindical y de la huelga y la negociación colectiva, basándose largamente para ello en los convenios OIT, en la CSE y en la interpretación que de estos textos han realizado sus organismos de control[11].

En segundo lugar, otra de las vías que el TEDH ha usado para proteger derechos sociales ha sido la estrategia de re-contextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles establecidos en el CEDH. Las posibilidades técnicas a utilizar pueden ser varias como, por ejemplo: el derecho a la vida, reconocido en el Convenio como derechos individual fundamental, abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos sociales, cuyo necesaria efectividad a un particular se desprende del primero y por tanto, pasa a ser un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa con los derechos sociales.

Un ejemplo de uso de esta estrategia por parte del TEDH es la sentencia *Asiye Genç c. Turquía,* de 27 de enero de 2015. El caso hace referencia a la demanda impuesta por un padre después de la muerte de su recién nacido con problemas respiratorios, tras ser trasladado de un centro sanitario a otro sin que en ninguno de ellos sea tratado alegando la falta de medios. Aunque las autoridades estatales argumentaron que los médicos no habían cometido ninguna falta, por lo que no consideraban que hubiera responsabilidad, el TEDH indicó que la descoordinación entre los hospitales y la ausencia de un médico que se hiciera cargo del recién nacido no puede justificarse por una simple carencia de medios. Y que el

---

8 Esta línea jurisprudencial se plasmo, por ejemplo, en los casos *Schmidt anda Dahlström v. Sweeden (Nº5589/72)* de 6 de febrero de 1976 y el caso *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweedn (Nº 5614/72),* de 6 de febrero de 1976.

9 Caso *Demir and Baykara c. Turquía,* no. 34503/97, 12 de noviembre de 2008.

10 Caso *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquía,* no 68959/01, 21 de abril de 2009.

11 Sobre esta evolución en la jurisprudencia del TEDH, vid. Guamán, A. y Noguera, A., *Derechos sociales, integración europea y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 280; Eding, K.D. y Hendy, J., "The Dramatic Implications of Demir and Baykara", *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 2010; y, Ebert, F.C. y Oelz, M., "Bridging the gap beween labour rights and human rights: the role of ILO law in regional human rights courts", *Discussion paper*, International Institute for Labour Studies, No. 12, 2012, págs. 9-10.

carácter insuficiente del número y estado de los equipos en hospitales del país demuestra que el Estado no vela por la buena organización y funcionamiento de su sistema de protección de la salud, de lo que se deriva una violación del art. 2 del CEDH que protege el derecho a la vida[12]. Este es, en consecuencia, un ejemplo claro mediante el que una recontextualización del caso a la protección del derecho civil a la vida, se realiza una protección del derecho social a la salud.

Y, en tercer lugar, podemos referirnos a una última vía indirecta en la que el TEDH ha contribuido a la protección de derechos sociales, y es que tanto el CEDH como la jurisprudencia del Tribunal ha sido utilizada por otros organismos como el CEDS o jueces nacionales para sus sentencias. Podemos mencionar aquí el caso de las denuncias presentadas en 2012 por distintos sindicatos griegos ante el CEDS contra diversas leyes del país que, en implementación del memorándum de entendimiento firmado a raíz del rescate entre Grecia y la Troika, modificaron el régimen de pensiones públicas y privadas[13].

Todas estas organizaciones sindicales alegaron que ciertas regulaciones introducidas por el Gobierno de Grecia a partir de mayo de 2010 en adelante (concretamente, la Ley 3845/2010, de 6 de mayo; la Ley 3847/2010, de 11 de mayo; la Ley No. 3863/2010, de 15 de julio; la Ley 3865/2010, de 21 de julio; la Ley 3896/2011, de 1 de julio; y, la Ley 4024/2011, de 27 de octubre) para modificar los regímenes de pensiones públicos y privados, violan el art. 12.3[14] CSE[15].

El CEDS resolvió las cinco denuncias en resoluciones distintas aunque todas reproducen el mismo texto de resolución. Entre sus argumentos, el CEDS utilizó la jurisprudencia del TEDH en relación a la CEDH, para afirmar que las decisiones tomadas con respecto a los derechos de pensión deben respetar la necesidad de conciliar el interés general con los derechos individuales, entre ellos la confianza legítima que los individuos puedan tener con respecto a la estabilidad de las reglas aplicables a las prestaciones de seguridad social. El Comité llegó a la conclusión de que las medidas restrictivas en juego, que parecen tener el efecto de privar a un segmento de la población de una parte muy importante de sus medios de subsistencia,

---

12 Bouazza, O., "La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Derecho y Salud,* Vol. 25, no. 2. Julio-Diciembre 2015, págs. 139-140.

13 Se trata de cinco denuncias, presentadas todas el 2 de enero de 2012, por diferentes sindicatos: la Federación de trabajadores jubilados de Grecia (IKA-ITAM) (Denuncia No. 76/2012); la Federación Panhelénica de Pensionistas del Servicio Público (Denuncia No. 77/2012); la Unión de pensionistas de Atenas-Pireo Electric Railways (ISAP) (Denuncia No. 78/2012); la federación Panhelénica de pensionistas de la Empresa Pública de Electricidad (POS-DEI) (Denuncia No. 79/2012); y, la Unión de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) (Denuncia No. 80/2012).

14 Art. 12.3 CSE: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: (…) a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social".

15 Durante el proceso, y en respuesta a las alegaciones presentadas por el Gobierno Griego, los sindicatos querellantes ampliaron la denuncia a la Ley 3833/2010, de 15 de marzo; la Ley 3866/2010, de 26 de mayo; la Ley 3986/2011, de 1 de julio; la Ley 4002/2011, de 22 de agosto; la Ley 4051/2012, de 28 de febrero de 2012; y, la Ley 4093/2012, de 12 de noviembre.

se han introducido de una manera que no respeta la legítima expectativa de los pensionistas a que se llevarán a cabo los ajustes a sus derechos de seguridad social de una manera que tenga debidamente en cuenta su vulnerabilidad y su derecho a disfrutar de acceso a protección social y a la seguridad Social. Ello, según entendió el CEDS, produjo, en consecuencia, una vulneración del art. 12.3 de la CSE.

En resumen, cada vez más la división entre tratados, órganos de control y derechos no es tan tajante como formalmente está establecida y encontramos mecanismos de complementación entre el sistema del CEDH y el TEDH con el sistema de la CSE y el CEDS. Ello constituye un avance destacable.

b) Ampliación de las garantías normativas y de control de la CSE.

Otro de los avances lo encontramos en la ampliación de las garantías normativas y de control de la CSE que han permitido superar, parcialmente, algunos de sus límites iniciales.

Respecto a las garantías normativas, podemos hacer referencia al reconocimiento, por vía jurisprudencial a inicios de la década del 2000, del principio de contenido esencial de los derechos en la interpretación y aplicación de la CSE.

Una de las críticas que, tradicionalmente, se habían formulado a la CSE era que ésta establecía obligaciones de medio pero no obligaciones de contenido o resultado. Es decir, la mayoría de sus derechos de protección social obligaban a los Estados a establecer infraestructuras, servicios y prestaciones pero sin precisar el nivel o contenido mínimo del derecho a garantizar. Y una obligación de medios es siempre menos rigurosa que una obligación de resultado[16].

Con el objetivo de avanzar en la superación de este límite, en 2003, el CEDS empezó a desarrollar la doctrina de la obligación de medios "reforzada". En la decisión *Autismo-Europa c. Francia*, del 4 de noviembre de 2003, relativa a la cuestión del acceso a la educación de las personas minusválidas, el CEDS precisa que cuando la realización de un derecho de la CSE «*es excepcionalmente compleja y especialmente costosa, el Estado parte debe esforzarse por alcanzar los objetivos de la Carta en un plazo de tiempo razonable, con un progreso perceptible y en una medida consistente, utilizando lo mejor posible los recursos que puede movilizar*[17]».

Esta imposición supera la simple obligación de medios e impone una obligación "reforzada" en la medida en que se deben demostrar resultados en un plazo de tiempo razonable, indicando progresos mensurables y por medio de una

16 Nivard, C., "La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa", Ob. Cit. págs. 30-31.
17 CEDS, Decisión *Autismo-Europa c. Francia*, No. 13/2002, 4 de noviembre de 2003, párr. 53.

financiación en la que utilice lo mejor posible los recursos disponibles[18]. Sin embargo, como señala Carole Nivard, el examen más avanzado de las decisiones de disconformidad pone de manifiesto que más que el análisis preciso de los medios aplicados o la comprobación de los criterios de la obligación de medios, el Comité se limita a menudo a señalar las insuficiencias más manifiestas. Según esta jurisprudencia, la obligación de medios reforzada sería entonces una mera obligación de resultado mínimo. Con ello se incorporaría pues el principio de contenido esencial de los derechos en la jurisprudencia del CEDS[19].

Respecto a las garantías de control, la principal crítica formulada siempre ha sido la de que, a diferencia del CEDH que contiene el TEDH, la CSE no dispone de un órgano jurisdiccional encargado de los incumplimientos de los derechos de la Carta. Originariamente, el mecanismo control previsto en la Carta de 1961 se basaba exclusivamente en la presentación de informes por los Estados miembros.

No obstante, con el tiempo se han incorporado protocolos que han aumentado los mecanismos de supervisión de la CSE. En concreto, el sistema de supervisión se modificó y amplió por el Protocolo de Turín de 1991, aunque, seguramente, es con el Protocolo de 1995 cuando se da el paso más importante. Éste establece el llamado procedimiento de reclamaciones colectivas que permite a organizaciones colectivas el derecho a someter al CEDS reclamaciones de violación de un derecho de la Carta por un Estado parte a causa de una legislación o de una situación nacional. Ello opera, en la práctica, como un sistema de protección de tipo jurisdiccional.

Sin duda, se trata todavía de un control jurisdiccional limitado. En primer lugar porque no se permiten reclamaciones individuales para afrontar situaciones individuales de vulneración de derechos. Y en segundo lugar, porque según el artículo D de la CSE, es un sistema que únicamente puede aplicarse respecto de los Estados miembros que han ratificado el Protocolo Adicional a la Carta de 1995 y éstos son tan sólo 15 de los 47. Pero a pesar de estos límites, se han producido avances importantes en la extensión de los mecanismos de control. Durante los últimos años, el procedimiento de reclamaciones colectivas ha sido especialmente útil a sindicatos de los países firmantes del protocolo. Grecia es un ejemplo de ello, desde 2010 con el inicio de la implementación de los Programas de Ajuste Económico, hasta 2014, se han presentado por organizaciones sindicales del país

18 Esta obligación de medios "reforzada" tiene a priori vocación de aplicarse para los derechos de la CSE cuya realización resulta específicamente delicada y depende en gran parte de las elecciones operadas por el legislador. El CEDS formuló tal obligación relativa a los derechos de protección social que son la protección de los niños del art. 17 CSE y la de los minusválidos del art. 15 CSE (Decisión *Autismo-Europa c. Francia*, No. 13/2002, de 4 de noviembre de 2003, párr. 53), el derecho a la protección de la salud del art. 11 CSE (Decisión *Fundación Marangopoulos para los Derechos humanos (FMDH) c. Grecia*, No. 30/2005, de 6 de diciembre de 2006, párr. 204) y el derecho al alojamiento desde el punto de vista del artículo 16 CSE 1961 (Decisión *Centro europeo de los derechos del Roms (CEDR) c. Grecia*, No. 15/2003, de 8 de diciembre de 2004, párr. 21) o del artículo 31 Carta social revisada (Decisión *Movimiento internacional ATD Cuarto-Mundo c. Francia*, No. 33/2006, de 5 de diciembre de 2007, párr. 62; y, Decisión *FEANTSA c. Francia*, No. 39/2006, 5 de diciembre de 2007, párr. 56).

19 Nivard, C., "La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa", Ob. Cit. pág. 31.

por esta vía ante el CEDS siete denuncias contra diversas medidas adoptadas en ejecución de tales Programas[20]. Las siete fueron resueltas total o parcialmente a favor del denunciante, declarándose la vulneración de derechos de la CSE por parte de la legislación griega y obligando a la retirada de parte de estas leyes.

En resumen, no hay duda en poder afirmar que, durante los últimos años, se han producido avances importantes en la justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa. Ahora bien, creemos también, que queda todavía mucho camino por recorrer. En este sentido, pasaremos a continuación a formular algunas propuestas de reforma de la CSE revisada que pueden, a nuestro entender, contribuir a tal objetivo.

III. HACIA UNA REFORMA DE LA CSE REVISADA: MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS.

Podríamos referirnos a deficiencias y lagunas substantivas de la CSE. Existen derechos que no están positivizados en la Carta y cuyo reconocimiento se ha logrado, muchas veces, a través de un intenso activismo judicial del CEDS. Sin embargo, nos centraremos en algunas cuestiones procesales de la CSE que podrían contribuir a establecer un sistema mucho más garantista. En concreto, me centraré en la legitimidad pasiva y activa para la presentación de las reclamaciones colectivas ante el CEDS.

Aunque voy a presentar primero las propuestas en materia de legitimación pasiva y, a continuación, las referidas a la legitimación activa, ambos tipos de propuestas deben entenderse de manera conjunta.

a) La legitimidad pasiva: reclamaciones contra terceros privados y responsabilidad extraterritorial.

El protocolo de 1995 permite presentar reclamaciones colectivas ante el CEDS por violación de derechos de la CSE cometidos por un Estado parte. Por tanto, la legitimidad pasiva corresponde a los estados parte.

No es hasta las últimas décadas que empiezan a aparecer en las Constituciones de algunos Estados normas explícitas de reconocimiento de la

---

20 Estas denuncias son: Denuncia No. 65/2011 contra la Ley 3899/2010, de 17 de diciembre, sobre "Medidas financieras y fiscales para la ejecución del Programa"; Denuncia No. 66/2011 contra la Ley 3863/2010, de 8 de julio, sobre el "Nuevo Sistema de Seguridad Social y disposiciones relevantes"; y, Denuncias No. 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012 contra diversas leyes que modifican el régimen de pensiones públicas y privadas. Para un estudio más detallado de las mismas, ver: Alfonso, C.L., Jimena, L. y Salcedo, C. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica, Bomarzo, Albacete, 2014, págs. 265-284; Noguera, A., "El control de los organismos internacionales de derechos humanos sobre las medidas de austeridad anticrisis en Grecia: los pronunciamientos de la OIT y el CEDS durante el periodo 2010-2014", *Información Laboral*, No. 4, 2016, págs. 37-66.

eficacia directa de los derechos frente a los particulares. Hasta este momento, los derechos sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio, un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad[21].

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad.

Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos[22].

Esta concepción no tiene ningún sentido. La existencia en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, es evidente e indiscutible. Como ya señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso "Kot" de 1958[23]: «*Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y*

21 Vega, P., "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirnkung der Grundrechte)", en Carbonell, M. (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 693.
22 Ibid.
23 CSJA, Caso Kot, Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958.

económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

Algunas de las constituciones aprobadas en la última década, como la de Ecuador de 2008, reconoce, en su art. 88, la posibilidad de interponer la acción de protección de derechos tanto contra actos u omisiones de autoridades públicas como de terceros privados.

Las prácticas empresariales de las empresas transnacionales viene siendo una preocupación en sede de Naciones Unidas desde hace no más de 50 años, en cuanto a su impunidad por violación de derechos humanos y quebrantos de las soberanías de los Estados en desarrollo[24]. Situación que comienza a tornarse estructural a mediados de los años setenta, una vez que el poder económico-financiero se había agrupado suficientemente después de terminada la II GM y tenía capacidad para imponerse a sus propios Estados y a los distintos Estados periféricos.

Por lo tanto, a finales de los años setenta, y en vista de las conductas contrarias a los derechos humanos de muchas empresas transnacionales y de la insuficiencia del marco jurídico nacional para sancionarlas (omnipresencia transnacional o ubicuidad de dichas empresas y poder económico superior al de muchos Estados en algunos casos) se intentó establecer un marco jurídico internacional para contener ese progresivo escenario de *dominus economicus*.

A mediados de los años 70 se hizo el primer intento de encuadrar jurídicamente a escala internacional a las empresas transnacionales. La Comisión de Sociedades Transnacionales, creada por el Consejo Económico y Social de la ONU por resolución 1913 (LVII) en diciembre de 1974, compuesta por 48 Estados Miembros (disuelta en 1994) se dio como tareas prioritarias, entre otras, investigar sobre las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta. Nunca se aprobaría a causa de la cerrada oposición de las grandes potencias y de las mismas empresas transnacionales. Así se transitó durante más de veinticinco años de estudios, asesorías y relatorías sin ningún resultado operativo mínimo, y tan siquiera declarativo.

Como moneda de cambio, varios años después (2003), la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (disuelta en 2007) adoptó una resolución aprobando un Proyecto de Normas para las sociedades transnacionales y lo remitió a la Comisión de Derechos Humanos. La Cámara Internacional de Comercio (ICC) y la Organización Internacional de Empresarios (IOE) –instituciones que agrupan a las grandes empresas de todo el mundo– censuraron y criminalizaron dicho proyecto. Afirmando que el proyecto de la Subcomisión vulneraba los derechos y legítimos intereses de las empresas privadas

24 Ecosoc, Res. 1908, E/5570 (1974).

que, a su vez, conllevaba una vulneración directa de derechos humanos, argumentaron que las obligaciones en materia de derechos humanos corresponden a los Estados y no a actores privados. Efectivamente cayo el proyecto y no sólo el proyecto sino que la propia Subcomisión sería disuelta tres años después[25].

En el año 2005, la Comisión de Derechos Humanos –ignorando por completo el Proyecto de Normas adoptado en 2003 por la Subcomisión– aprobó la Resolución 2005/69, por la que el Secretario General de la ONU designaría un relator especial, para el cual sugirió un mandato inspirado en el Pacto Mundial.

El Pacto Mundial (Global Compact) es un instrumento de las Naciones Unidas (ONU) anunciado por el entonces secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan en el Foro Económico Mundial de Davos en 1999. Según su propia definición su fin es promover el diálogo social para la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil, los proyectos de la ONU, sindicatos y Organizaciones no gubernamentales (Ongs), sobre la base de 10 principios en áreas relacionadas con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción. En realidad se ha convertido en un espacio pseudo-autónomo de autogiro de las organizaciones empresariales que quieran adherirse a él, en donde ellas mismas se autoevalúan en relación a los 10 mencionados principios, sin ninguna institución u organismo que realice la mínima enmienda y mucho menos fiscalice en cumplimiento real de dichos principios. Diez principios que son lugares comunes, de expresión brevísima y lacónica, en torno al respeto a los derechos humanos, la eliminación del trabajo forzoso, el trabajo infantil, la responsabilidad ambiental o la corrupción.

Fue el complemento ideal ius-cromático para que en los siguientes decenios la insuficiencia de las normas jurídicas nacionales (la desaparición de facto) frente al poder económico transnacional se transformara en impotencia a causa de su subordinación a la *lex mercatoria*. Dicho de otra manera, las normas nacionales, incluso constitucionales, quedaron subordinadas de hecho a los Tratados de libre comercio y de promoción y protección de las inversiones, a los acuerdos celebrados en la Organización Mundial del Comercio y a las "directrices" (vinculadas bajo chantaje económico diverso) del Fondo Monetario Internacional. A mayor abundamiento, en muchos casos, los reclamos de las empresas transnacionales contra los Estados en lugar de ser sometidos a los Tribunales del Estado "invertido" son dirimidos ante un tribunal arbitral internacional (dependiente

25 Y para que nadie pensara que el Proyecto de la Subcomisión podía invocarse como una norma internacional vigente, la Comisión de Derechos Humanos se había ocupado de precisar en el último párrafo de su resolución 2004/116 que dicho Proyecto «*...al ser un proyecto de propuesta, carece de autoridad legal y que la Subcomisión no debería ejercer ninguna función de vigilancia a este respecto*». Esta resolución reflejaba exactamente dos preocupaciones principales de las empresas transnacionales: que no se ejerciera control ni vigilancia alguna sobre las mismas y que no se atribuyera imperatividad u obligatoriedad al Proyecto de Normas de la Subcomisión ni a ningún instrumento existente o a crearse relacionado con la actividad de las empresas transnacionales.

del Banco Mundial) como es el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones).

Desde entonces hasta ahora ya se han visto cuales han sido las consecuencias financiero-comerciales al respecto con el final estallido de la crisis de 2008 aún vigente.

No obstante, han existido permanentes prácticas en el entorno de Naciones Unidas para seguir alimentando la dinámica de trabajos de estudio a este respecto, de escasa plasmación y eficacia ante la maquinaria neoliberal y desreguladora de estas misma décadas. El intento más encomiable sería cuando en 2005 el Secretario General Kofi Annan nombró representante especial para estudiar el tema de las sociedades transnacionales al señor John Ruggie –su asesor principal en el Pacto Mundial– quien elaboró los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011.

A fecha de 2011 se da un toque de cierta solemnidad jurídica a un documento al respecto, después de casi cuarenta años. Este documento se denomina Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y la puesta en práctica del marco para "proteger, respetar y remediar" (UNGP), y fue presentado por Ruggie en marzo de 2011, y respaldado de forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2011. Poco tiempo después se actualizó toda una serie de instrumentos internacionales para adaptarlos a los UNGP, entre los que cabe destacar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Iniciativa de Reporte Global de presentación de informes (GRI, siglas en inglés), y la norma ISO26000. Por lo tanto es la referencia a este respecto de mayor calado.

No obstante el Informe es, como todo Informe, un esmerado pliego de consejos, advertencias, e incluso soterradas críticas, los que como ha sido evidente no han tenido ninguna virtualidad en la práctica radicalmente desreguladora de las principales organizaciones económicas y de los propios Estados.

En resumen, si el reconocimiento de la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos frente a terceros privados es algo cada vez más aceptado en el constitucionalismo nacional debe empezar a serlo también en el constitucionalismo internacional.

Precisamente por ello, se plantea como una necesidad el hecho de ampliar la legitimación pasiva ante el CEDS más allá de los Estados, reconociendo la posibilidad de poder presentar reclamaciones no sólo contra estados sino también contra ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que hayan vulnerado derechos de la CSE.

La idea de responsabilidad individual de los privados por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con la Carta de

Nuremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o para-militares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, ¿por qué no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos?

La ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de los privados en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, uno de los principales problemas es que las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas[26]. Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico.

Ello no impide sin embargo que a través de la CSE, en tanto tratado internacional, se otorgue personalidad jurídica internacional a las empresas económicas y, en consecuencia, estén sujetas a responsabilidad según la Carta si incumple sus obligaciones de respeto de los derechos.

Actualmente ya no sólo los Estados son sujetos con personalidad jurídica internacional, existen organizaciones internacionales a las que también se ha concedido este estatuto, lo que les otorga facultades para concluir acuerdos con terceros Estados y con organizaciones internacionales, participar en dichas organizaciones, estar sujeta a responsabilidad según el Derecho Internacional si incumple sus obligaciones y emprender por sí misma las acciones pertinentes en caso de que sus derechos sean infringidos. El reconocimiento en el Tratado de Lisboa de la Unión Europea (UE) como sujeto con personalidad internacional diferente a la de sus Estados es un ejemplo de ello[27].

---

26 Ripert, G., *Aspects juridiques du capitalisme modern*, LGDJ, Paris, 1995, pág. 354; Le Tourneau, PH., *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, éd. Dalloz-Dunod, Paris, 2000, págs. 4 y 269; Trigeaud, M., *Métaphysique et éthique au fondement du droit*t, éd. Brière, Bordeaux, 1995, págs. 210 y 458.

27 Aunque en el Tratado de la Unión Europa (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, implicó un cambió de nombre de CEE a UE, no se reconoció todavía de manera clara a la UE como organización con personalidad jurídica diferente a la de sus Estados miembros. No fue hasta la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 de la que surgió el Tratado de Ámsterdam donde varios de los participantes plantean abiertamente la necesidad de dotar a la UE de personalidad jurídica internacional (Ver el informe del Consejo ante la conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, *Personnalité juridique de l'Union*, CONF/3871/96, de 16 de julio de 1996). No obstante las presiones de algunos

¿Quiere esto decir que la UE es sujeto de Derecho Internacional en iguales condiciones que cualquier Estado soberano?

Sí y no, esto es sí aunque con ciertos matices. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949, titulada "Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas" que trataba extensamente de la cuestión de la personalidad internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dejó sentadas las bases de la cuestión de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales, señalando ciertas diferencias entre la subjetividad internacional de los Estados y la de las Organizaciones Internacionales. Mientras que los primeros disponen de la totalidad de derechos y obligaciones internacionales, esto es de personalidad jurídica internacional plena, pues son entes soberanos, las organizaciones internacionales solamente disponen de algunas, siendo por tanto, la suya, una personalidad jurídica internacional limitada[28].

De todo ello podemos extraer dos conclusiones: una es que no sólo los Estados soberanos pueden tener personalidad jurídica internacional. Y la otra es que la concesión de personalidad jurídica internacional a sujetos no estatales no significa que estos tengan las mismas facultades que los Estados, se les puede conceder una personalidad jurídica limitada.

En este sentido, la propuesta de reforma que estaríamos planteando vendría a decir que los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado firmante de la CSE, estarían jurídicamente también obligados a respetar los derechos establecidos en la CSE. De ello se deriva que la CSE estaría otorgando a los privados una personalidad jurídica internacional que se limita estrictamente a su sujeción a la obligación de respetar los derechos

---

Estados (Reino Unido, Francia y Dinamarca) e incluso de la Comisión (que con la reafirmación de la personalidad internacional temía perder competencias) hicieron que, al final, desapareciera del texto definitivo del tratado modificativo del TUE la declaración expresa de la personalidad de la UE. La Convención sobre el futuro de la Unión que preparó el fracasado "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" volvió a plantear la cuestión incorporando ya un artículo, el I-7 del Tratado constitucional, que decía de manera clara: "La Unión tiene personalidad jurídica". Abortado el Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa retomará el tema confiriendo personalidad jurídica expresa a la Unión. El art. 47 TUE-L reproduce literalmente el artículo I-7 del Tratado Constitucional. Además, el Tratado de Lisboa, en su art. 1 párrafo 3 del TUE-L, procede a extinguir a la Comunidad Europea cuya sucesión asume la UE. La Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), sin embargo, continúa existiendo como entidad jurídica separada con personalidad jurídica propia. En resumen, el Tratado de Lisboa implicó la consolidación en una UE con personalidad jurídica internacional de las competencias y funciones que antes ejercían la UE y la CE.

28 La personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales les otorga facultades para adherirse a Tratados y estar sujetos a los derechos y obligaciones que de éstos de deriven, pero sólo en aquellas materias o competencias que le han sido delegadas por los Estados. En este sentido se han expresado los Estados miembros de la Unión Europea en la Declaración n.º 24 aneja al Tratado de Lisboa, cuando afirman que el hecho de que la Unión disponga de personalidad jurídica no implica que pueda legislar o actuar más allá de las competencias que le han atribuido los Estados mediante los Tratados. Por esta razón, la extensión de los derechos y obligaciones en virtud de su subjetividad internacional varía de una organización internacional a otra (Canedo, J.R. y Gordillo, L.I., "La nueva UE: de la doble personalidad a la crisis de personalidad", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 78, 2010, pág. 346).

establecidos en la Carta pudiendo en caso de vulneración ser llevados ante el CEDS, pero que a diferencia de la personalidad jurídica internacional que tienen los Estados no implica, lógicamente, la facultad de concluir acuerdos con terceros Estados ni otras facultadas propias de los Estados o las organizaciones internacionales.

A lo anterior, le podríamos sumar otra cuestión más, la de la extraterritorialidad en la responsabilidad por vulneración de derechos de la CSE por parte de los Estados firmantes y los privados o empresas con nacionalidad o sede en los mismos.

Existen algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterritorial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país. En el caso *Doe v. Unocal*[29], ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso *Filartiga v. Pena Irala*[30], la Corte declaró que las empresas multinacionales nortemaericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas[31]. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque "los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido", lo

29 Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Aff'd. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

30 Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876.

31 BAILLEUX, A., *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005.

que no siempre ocurre. Y "el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público" según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados[32].

Al igual que en estos casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional, también es posible la introducción en la CSE del principio de extraterritorialidad en las obligaciones de respeto de los derechos sociales y de una posible reclamación contra Estados parte de la CSE, así como de personas físicas o jurídicas privadas con nacionalidad o sede en el Estado parte.

Todas estas son un conjunto de reformas en materia de legitimidad pasiva respecto las reclamaciones ante el CEDS que contribuirían a una mayora garantía de los derechos de la CSE. Ahora bien, para su plena eficacia, ellas deberían conjugarse con otras reformas en el ámbito de la legitimidad activa para presentar reclamaciones.

b) La legitimidad activa: reclamaciones individuales, principio de personalidad y reconocimiento de nuevos sujetos colectivos informales.

La legitimidad activa para la presentación de reclamaciones colectivas ante el CEDS está regulada en los arts. 1 y 2 del Protocolo de 1995. Éste otorga posibilidad de presentar reclamaciones por violación de derechos de la Carta a causa de una legislación o de una situación nacional sólo a organizaciones colectivas. En concreto a: 1. Las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Carta; 2. Otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental; 3. Las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación; y, 4. cualquier otra organización nacional no gubernamental representativa dentro de su jurisdicción que tenga especial competencia en las materias reguladas por la Carta.

Existe, en este sentido, una contradicción evidente.

Por un lado, la CSE reconoce determinados derechos que, por su naturaleza, son claramente aplicables a casos y situaciones individuales, como son el conjunto de prohibiciones de discriminación. Además, el CEDS ha afirmado que la Carta garantiza a toda persona el derecho mínimo de cuidados médicos[33] o el

---

32 Bourdon, W., "Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme", *Revue de sciences criminelles*, 2005, págs.747-753.

33 CEDS, Decisión *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, No. 14/2003, de 8 de septiembre de 2004.

derecho a un refugio de urgencia[34], a la vez que ha definido el derecho a la asistencia social como un "verdadero derecho subjetivo"[35].

Y por otro lado, niega la posibilidad de presentar reclamaciones individuales que hagan referencia a casos concretos.

Parece evidente, entonces, que uno de los retos inmediatos pasa por reformar parte de los artículos introducidos por el protocolo de 1995 y reconocer la posibilidad de que todo individuo pueda presentar reclamaciones individuales para casos de situaciones individuales de vulneración de derechos.

Ahora bien, ello debería ir acompañada de dos novedades más que contribuirían a mejorar la justiciabilidad de los derechos sociales: una es que, a diferencia de la amplia mayoría de tratados, la legitimidad activa se desvinculara del principio de territorialidad y se vinculara al principio de personalidad. Y la otra, es el reconocimiento de nuevos sujetos colectivos informales de legitimidad activa para acudir al CEDS.

En cuanto a la primera, tomado en consideración que, durante las últimas décadas, la llamada globalización ha supuesto la ampliación de la actividad transfronteriza de los agentes públicos y económico privados y la aparición de nuevos actores privados transnacionales que operan por encima las fronteras de los Estados vulnerando derechos sociales, el sistema internacional de protección de derechos humanos debe adaptarse a esta realidad y, en consecuencia, tendría que vincular la legitimación activa ante estos órganos de control de los tratados internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo las organizaciones colectivas y particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor público o privado nacional de un Estado firmante haya vulnerado un derecho, puede iniciar un proceso judicial contra este, en este caso, ante el CEDS.

Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales públicas o privadas de nacionalidad de un Estado firmante de la CSE, en terceros países no firmantes.

En cuanto a la segunda cuestión relativa al reconocimiento de legitimidad activa a los nuevos sujetos colectivos informales, si bien en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, la sociedad industrial fordista de pleno empleo y la

---

34 CEDS, Decisión *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, No.47/2008, de 20 de octubre de 2009, párr. 47. Sobre esta decisión, ver: Jimena, L., "Protection of refugees and other vulnerable persons under the European social charter", *Revista de Derecho Político,* No. 92, 2015, pág. 267.

35 Comité de expertos independientes, Conclusiones I, Observación interpretativa, artículo 13, pág. 64; Conclusiones X-2, España, artículo 13 § 1, pág. 123; Conclusiones XIII-3, Addendum, Luxemburgo, artículo 13 § 1, pág. 72-74; CEDS, Conclusiones XVIII-1, Grecia, artículo 13 § 1, pág. 369.

conformación de una fuerte identidad colectiva de clase entre los trabajadores, permitió la conformación de grandes sujetos colectivos unitarios legalmente registrados (las grandes centrales sindicales y los partidos socialdemócratas o comunistas vinculados a éstas) con un alto nivel de representación entre las clases populares; en las nuevas sociedades post-fordistas ello ya no es así.

La ausencia de una sociedad industrial fordista y la existencia de una multi-fragmentación de las formas de trabajo, economía informal, precariedad, desempleo y supervivencia, ha hecho que el sindicato como estructura representativa de los intereses de todos los trabajadores presente en Europa durante la sociedad fordista, haya sido sustituida por una multiplicidad no unitaria de actores sociales que no está articulada como identidad colectiva a partir de unas únicas siglas, sino que se trata de un variado abanico de luchas desconectadas, transversalizadas a lo largo de la sociedad civil y basadas en los relatos micro que afectan a parcelas concretas de la sociedad.

Ante esta realidad, si bien el sujeto de referencia en relación a las reclamaciones ante el CEDS ha sido las organizaciones colectivas legalmente registradas, una CSE adaptada a nuestros tiempos debería reconocer también, explícitamente, la multiforme pluralidad de movimientos sociales informales que, en muchas ocasiones, surgen ante una problemática concreta para después desaparecer. Así pues, es necesario reconocer a éstos últimos sujetos la posibilidad de interponer reclamaciones colectivas para la protección de derechos sociales.

IV. CONCLUSIONES.

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La guerra fría y la conformación de dos grandes bloques ideológico-territoriales opuestos (capitalista-socialista), implicó el inicio de la fragmentación y categorización entre los derechos civiles y políticos por un lado, y los derechos sociales por otro. El sistema de derechos humanos del Consejo de Europa no fue ajeno a esta división e, inicialmente, existía en su interior un claro peso jurídico desigual entre el CEDH que regulaba derechos civiles y políticos, y la CSE que regulaba derechos sociales. Ambos tratados tenían distintos mecanismos de supervisión y control que convertían a los derechos sociales en derechos de segunda.

- Durante los últimos años se ha producido una extensión de las garantías normativas y de control de la CSE que ha reducido el desequilibrio inicial. Algunos de los avances recientes que han contribuido a una mayor justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa son: el paso de una división de competencias estricta en cuanto a la justiciabilidad de grupos de derechos entre TEDH y el CEDS a una práctica de complementariedad entre ambos órganos. Y la modificación de determinados aspectos del sistema de supervisión de la CSE que ha permitido superar, parcialmente, algunos de sus límites iniciales.

- A pesar de todos los avances conseguidos, queda todavía mucho camino por recorrer. Algunas de las propuestas de reforma de la CSE revisada que podrían, a nuestro entender, contribuir a una mayor justiciabilidad de los derechos sociales son aquellas que afectan a cuestiones procedimentales referidos al sistema de reclamaciones colectivas ante el CEDS. En concreto, se trata de reformas en la legitimación pasiva y activa para presentar reclamaciones.

- Respecto la legitimación pasiva se propone ampliar ésta más allá de los Estados, reconociendo la posibilidad de poder presentar reclamaciones también contra ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que hayan vulnerado derechos de la CSE. Ello permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de los privados en virtud del derecho internacional público. Además, a lo anterior podría añadirse la exigencia de responsabilidad no sólo por vulneración de derechos dentro del territorio del estado firmante sino también por aquellas acciones vulneradoras de derechos que el Estado firmante y personas físicas o jurídicas con nacionalidad o sede en el estado firmante comentan fuera del territorio estatal.

- Respecto la legitimidad activa se propone la posibilidad de presentar reclamaciones individuales que hagan referencia a casos o situaciones individuales. Así como la desvinculación de la legitimidad activa del principio de territorialidad para vincularla al principio de personalidad. Y el reconocimiento de nuevos sujetos colectivos informales de legitimidad activa para acudir al CEDS.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Libros, capítulos de libros y artículos.

- Alfonso, C.L., Jimena, L. y Salcedo, C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.

- Alston, P. "Economic and Social Rights", en Henkin, L. y Hargrove, J.L. (eds.), *Human Rights: an Agenda for the Next Century*, ASIL, Washington DC, 1994.

- Bailleux, A. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005.

- Bouazza, O. "La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho y Salud*, Vol.25, núm. 2. Julio-Diciembre 2015.

- Bourdon, W. "Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme", *Revue de sciences criminelles*, 2005.

- Canedo, J.R. y Gordillo, L.I., "La nueva UE: de la doble personalidad a la crisis de personalidad", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 78, 2010.

- Ebert, F.C. y Oelz, M., "Bridging the gap beween labour rights and human rights: the role of ILO law in regional human rights courts", Discussion paper, International Institute for Labour Studies, No. 12, 2012.

- Eding, K.D. y Hendy, J., "The Dramatic Implications of Demir and Baykara", *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 2010.

- Guamán, A. y Noguera, A., *Derechos sociales, integración europea y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014.

- Jimena, L. "Protection of refugees and other vulnerable persons under the European social charter", Revista de Derecho Político, núm.. 92, 2015.

- Nivard, C. "La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa", *Lex social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 6, núm. 2, 2016.

- Noguera, A. "El control de los organismos internacionales de derechos humanos sobre las medidas de austeridad anticrisis en Grecia: los pronunciamientos de la OIT y el CEDS durante el periodo 2010-2014", *Información Laboral*, No. 4, 2016.

- Peces Barba, G. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

- Pérez Alberdi, R. "La jurisprudencia social del tribunal europeo de derechos humanos", *Lex social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 1, núm. 1, 2011.

- Ripert, G. *Aspects juridiques du capitalisme modern*, LGDJ, Paris, 1995.

- Sanz, S. "A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE-UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, Logroño (La Rioja), 2014.

- Sudre, F. "La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux", *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998.

- Tourneau, P.H. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, éd. Dalloz-Dunod, Paris, 2000.

- Trigeaud, M. *Métaphysique et éthique au fondement du droitt*, éd. Brière, Bordeaux, 1995.

- Vega, P. "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirnkung der Grundrechte)", en

CARBONELL, M. (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002.

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schmidt anda Dahlström v. Sweeden (Nº 5589/72), de 6 de febrero de 1976.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Swedish Engine Drivers' Union v. Sweedn (Nº 5614/72), de 6 de febrero de 1976.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Demir and Baykara c. Turquía (Nº 34503/97), de 12 de noviembre de 2008.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquía (Nº 68959/01), de 21 de abril de 2009.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Autismo-Europa c. Francia, No. 13/2002, 4 de noviembre de 2003, párr. 53.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Autismo-Europa c. Francia, No. 13/2002, de 4 de noviembre de 2003, párr. 53.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Fundación Marangopoulos para los Derechos humanos (FMDH) c. Grecia, No. 30/2005, de 6 de diciembre de 2006, párr. 204.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Centro europeo de los derechos del Roms (CEDR) c. Grecia, No. 15/2003, de 8 de diciembre de 2004, párr. 21.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Movimiento internacional ATD Cuarto-Mundo c. Francia, No. 33/2006, de 5 de diciembre de 2007, párr. 62.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión FEANTSA c. Francia, No. 39/2006, 5 de diciembre de 2007, párr. 56.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme (FIDH) c. France, No. 14/2003, de 8 de septiembre de 2004.

- Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas, No.47/2008, de 20 de octubre de 2009, párr. 47.

- Corte Suprema de Justicia de Argentina, Caso Kot, Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958.

- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Aff'd. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

- United States Court of Appeals for the Second Circuit. Filartiga v. Pena-Irada, , 1980, 630 F.2d 876.

RESUMEN

Durante los últimos años, el sistema de Derechos humanos del Consejo de Europa ha experimentado un conjunto de modificaciones que, sin duda, han contribuido a una mejora, en su interior, de la justiciabilidad de los derechos sociales. El presente artículo propone dar un paso más allá para seguir avanzando en este objetivo. En concreto, el texto expone, primero, los avances producidos, en este sentido, durante los últimos años. Y, en segundo lugar, formula un conjunto de propuesta de reforma de la Carta Social Europa revisada referidas a cuestiones procedimentales del sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que podrían contribuir a una mayor eficacia en la protección de los derechos sociales.

Palabras claves: Derechos sociales – Carta Social Europea – Consejo de Europa – Sistema de reclamaciones colectivas.

ABSTRACT

In recent years, the Council of Europe's human rights system has experienced a number of changes which undoubtedly have contributed to an improvement of the enforcement of social rights. The present article proposes to take a step further to continue making progress on this objective. Specifically, the text sets out, first, the progress made in this regard over the last few years. Secondly, it formulates a set of proposals for the reform of the revised European Social Charter concerning procedural questions of the system of collective claims before the European Committee of Social Rights, which could contribute to greater effectiveness in the protection of social rights.

***Keywords*:** Social rights – European Social Charter – Council of Europe – Collective claim system.

Recepción del artículo: 5/9/2017 - Evaluación anónima: 23/11/2017 - Aceptación versión definitiva: 5/12/2017

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SANITARIO EN LA DOCTRINA DEL CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Pau Monzó Báguena
Letrada del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Un señor de cuarenta años, tras haber tenido tres hijos, decide someterse voluntariamente a una intervención de vasectomía, por lo que acude a su Centro de Planificación Familiar de referencia desde el que fue remitido al Servicio de Urología de un Hospital Público. Tras realizarle el correspondiente preoperatorio y tras la firma del consentimiento informado para vasectomía bilateral fue intervenido por el especialista del centro de especialidades. Durante el control postoperatorio se solicitó espermiograma, con resultado de azoospermia. Dos años más tarde nace su tercer hijo, tal y como consta en libro de familia.

Una señora se encontraba en un hospital al que había acudido para visitar a una amiga ingresada. En el momento en el que se disponía a entrar quedó atrapada entre las puertas mecánicas, lo que fue observado por varios celadores que acudieron a auxiliarla, teniendo que ser ingresada por las lesiones que sufrió.

Como se observa en los casos descritos, cuando la Administración presta servicios públicos que son de su competencia, puede ocasionar daños a los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos.

En todos los supuestos en los que los particulares consideren que la Administración les ha causado un daño o perjuicio pueden interponer ante la Administración Pública una reclamación exigiendo la reparación del daño ocasionado, pero para que surja su derecho a ser indemnizado deben concurrir una serie de requisitos que han sido analizados detalladamente por el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Así, como ha señalado reiteradamente el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene por finalidad primordial que los usuarios de los diferentes servicios públicos queden indemnes de los daños y perjuicios que puedan haber sufrido, en su persona o en sus bienes, con motivo del funcionamiento normal o anormal de tales servicios públicos de titularidad de la Administración Pública de que se trate (Dictámenes 8/1998, 323/2004, 743/2007, 771/2008, 89/2009, 740/2012, 18/2013 entre otros).

Cuando ello sucede para que surja el derecho a percibir una indemnización por el daño ocasionado a un particular este Consell, acorde con la jurisprudencia, ha exigido la concurrencia de los siguientes requisitos exigidos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículos 139 y siguientes de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común):

a) La efectiva realización del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

b) Que el daño o lesión sufrida por la reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal.

c) Que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor (Dictámenes 290/1997, 189/2000, 743/2007, 771/2008, 285/2009, 516/2009, 582/2012 y 242/2013 entre otros).

Una vez fijados los requisitos generales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración, ampliamente desarrollados y perfilados por la doctrina y jurisprudencia, vamos a analizar la doctrina sentada por el Consell Jurídic Consultiu para que surja el derecho a percibir una indemnización por el particular que ha sufrido un daño en el ámbito sanitario de actuación de la Administración.

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (Constitución de 1946 de la Organización Mundial de la Salud).

La Constitución Española de 1978 en su artículo 43 regula el derecho a la protección de la salud, señalando lo siguiente:

«*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

El precepto transcrito atribuye a los poderes público la organización y tutela de la salud pública a través de las prestaciones y servicios necesarios, siendo reiteradas las ocasiones en que los particulares acuden a ellos ante problemas de salud, si bien en determinadas ocasiones no se alcance la solución esperada,

surgiendo el problema de determinar qué se exige para que en estos supuestos los particulares deban ser indemnizados.

En materia sanitaria es doctrina constante de este Consell señalar que «(...) *en el marco de los preceptos que regulan la responsabilidad de la Administración sanitaria debe configurarse de acuerdo con los principios que la sustentan para evitar la desnaturalización de la institución, rechazando que aquélla asuma el riesgo y responda, en todo caso, de los resultados de los tratamientos sanitarios, debiendo acudirse a parámetros tales como la lex artis ad hoc para comprobar si los daños producidos son consecuencia de una inadecuada prestación sanitaria o consecuencia de la propia dolencia o lesión del afectado, por haber resultado inevitables a pesar de la observancia de aquella regla de conducta.*

Por ello, el criterio de la lex artis sirve de pauta para valorar la normalidad en la actuación de los profesionales sanitarios, lo que permite apreciar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida y a los conocimientos que derivan de la ciencia médica (...)» (Dictámenes 502/2007,167/2010, 958/2012, 467/2013, 508/2013 y 195/2013 entre otros).

De acuerdo con la doctrina citada, en materia sanitaria es preciso la infracción de la *lex artis ad hoc* para poder apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial, de manera que por el mero hecho de que se produzca un resultado dañoso en un centro hospitalario no determina en cualquier caso que exista responsabilidad patrimonial. Para ello es necesario que se acredite que la actuación sanitaria no ha aplicado todos los medios sanitarios de que dispone según el estado de la ciencia en el momento en el que se produce la atención que causa el daño.

Ello supone que en esta materia, la obligación del personal sanitario es de medios y no de resultado, de manera que los facultativos están obligados a utilizar, para intentar sanar al paciente, la totalidad de medios de que disponga según el estado de la ciencia médica y de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto, siendo su actuación ajustada a la *lex artis ad hoc*, aunque finalmente no obtenga la curación del paciente, de manera que únicamente podrá declararse la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria cuando no se pongan a disposición del paciente la totalidad de medios de que se dispone de acuerdo con el estado de la ciencia en el momento en que se presta la atención sanitaria. (Dictamen 721/2015 entre otros).

La jurisprudencia viene declarando (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 6 de febrero 2007) «*...que no resulta suficiente la existencia de una lesión, que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.*»

En este sentido el Consell Jurídic ha señalado reiteradamente que «(...) *cuando el médico realiza un acto profesional, se obliga a emplear la diligencia adecuada –los medios– y no garantiza el acto terapéutico –la sanidad del enfermo–; es decir, el médico no se compromete a curar, sino a intentar curar, por lo que responsabilizarlo sin más del daño inferido supondría trastocar los mencionados presupuestos; ya que la obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta(...)*» (Dictámenes 281/2007, 392/2007, 502/2007 entre otros).

Así por ejemplo, concurrirían los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad en esta materia cuando además de concurrir el resto de requisitos generales señalados anteriormente, no se practique una prueba diagnóstica determinante para el paciente, necesaria según la sintomatología que presentaba en el momento de la atención prestada en el centro hospitalario. Por el contrario no existirá responsabilidad cuando a pesar de no producirse la sanación del paciente e incluso en casos de fallecimiento, se emplearon los medios necesarios existentes en el momento en que se le atendió.

Un supuesto concreto en el que este Consell declaró la existencia de un daño al particular atribuible al funcionamiento del servicio público sanitario al no haberse aplicado todos los medios disponibles y necesarios al paciente, incumpliéndose la lex artis, es el caso de una mujer de 51 años de edad que sufrió un accidente doméstico en el que se cortó la mano, por lo que acudió a su centro de salud, en el que tras la exploración se le diagnosticó de herida incisa entre 1º y 2º dedo mano izquierda, realizando sutura y recomendando vacunación de tétanos. Tras la retirada de los puntos ocho días después, la mujer comenzó a padecer fuertes dolores en la zona accidentada, en la que carecía de toda sensibilidad y movilidad, por lo que acudió de nuevo a su centro de salud en el que le remitieron al Servicio de Traumatología del hospital público correspondiente, en el que se le diagnosticó de sección completa del nervio colateral medial del pulgar y del flexor profundo del pulgar. Tras la realización de rehabilitación y tras recibir el alta laboral la paciente continuó con las secuelas derivadas del accidente.

En el caso descrito para analizar la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración es preciso examinar si en el momento de realizar la sutura en el centro de salud al que acudió la paciente por primera vez tras sufrir el accidente, se practicaron las actuaciones necesarias para comprobar que no había ningún nervio afectado por el corte y, caso de que no se practicaran, si ello tuvo consecuencias negativas en la recuperación de la reclamante.

A la vista de la documentación que obraba en el expediente en este caso, se llegó a la conclusión de que «(...) *no se realizaron las actuaciones necesarias en el momento de la sutura para comprobar si había quedado afectado el tendón, (...)*» ya que no existía constancia documental alguna en la que constara que en la atención de la paciente el día del accidente se realizara actuación alguna por el personal sanitario tendente a comprobar si a consecuencia del corte sufrido en la mano se había lesionado algún tendón, sino que únicamente se procedió a suturar la herida (Dictamen 502/2007).

Otro supuesto de incumplimiento de la obligación de medios del personal sanitario es el caso de una mujer de 20 años de edad que falleció en el servicio de urgencias de un hospital público.

En este caso, la hija de los reclamantes ingresó en el Servicio de Urgencias de un hospital público, a las 10.00 horas, por cuadro sincopal acompañado de vómitos, dolor abdominal, alteración del lenguaje y visión borrosa. Tras exploración se efectuó TAC cerebral, con resultado dentro de la normalidad, y se solicitan analíticas de sangre y orina, y fue derivada a su médico de familia para urinocultivo, con el diagnóstico de infección de tracto urinario. Al salir del Hospital volvió a desvanecerse, quedando afectada en el habla y sufriendo dolores en la parte baja del estómago, dejándola en observación de la sala de Urgencias. Al salir de urgencias sufrió nueva pérdida de conciencia, ingresando de nuevo y siendo vista por el neurólogo que descartó cualquier trastorno neurológico.

Durante su estancia en observación de urgencias sufrió un cuadro de hipotensión y bradicardia extremas que abocaron a una parada cardiorrespiratoria, sobre la que se aplicaron maniobras de resucitación cardiopulmonar avanzadas con medicalización importante, con lo que revirtió el cuadro y se ingresó a la paciente a cargo del servicio de cardiología en la Unidad de coronarias, siendo trasladada al Hospital La Fe de Valencia donde falleció, constando como causa de la muerte Hemorragia Abdominal Masiva e Infarto Agudo de Miocardio.

El Dictamen que se emitió en el supuesto planteado concluyó afirmando que «(...)*no se aplicaron en el presente caso los medios necesarios ante la sintomatología de la paciente, por lo que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración*.(...)», basándose en el Informe de la Inspección Médica en el que se concluía que ante los resultados de la primera analítica que evidenciaba la existencia de afectación coronaria, se debieron realizar pruebas para descartarlo, de forma que si se hubieran practicado «*es posible que la evolución y su resultado no hubieran sido los mismos*» (Dictamen 382/2013).

Por tanto, en materia sanitaria resulta necesario analizar, atendiendo al contenido de los informes médicos que obren en el expediente, si con independencia del resultado, se aplicaron todos los medios necesarios atendiendo a la sintomatología del paciente, al ser la obligación del personal sanitario de medios y no de resultados.

En los casos descritos se observa como resulta determinante para considerar el cumplimiento o no de la *lex artis ad hoc*, la utilización de los medios de que dispone el personal sanitario según el estado de la ciencia en el momento de la atención recibida por el paciente, de manera que cuando de los Informes que obran en el expediente se observa que se aplicaron los medios necesarios según la sintomatología del paciente y marcados por los protocolos de actuación sanitaria, aunque el resultado no sea el deseado no puede declararse la responsabilidad de la Administración, de acuerdo con la doctrina citada de que la obligación del personal sanitarios es de medios y no de resultados.

Otro elemento determinante del cumplimiento por el personal sanitario de su obligación y por tanto determinante de la existencia o no de responsabilidad patrimonial es la información, en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas.

En determinados supuestos puede ocurrir que el particular acuda a la sanidad pública y que la prestación recibida sea adecuada a pesar de lo cual se ocasiona un daño inherente a dicha actuación, resultando decisivo si el paciente recibió la información adecuada relativa a actuación a la que se iba a someter y sus posibles complicaciones, de manera que cuando se ocasiona un daño, la actuación es adecuada según la ciencia médica y de ella se deriva un riesgo inherente del cual ha sido adecuadamente informado el paciente falta el elemento de antijuridicidad del daño y, con ello, el título de atribución a la Administración, no pudiendo apreciarse la concurrencia de responsabilidad patrimonial, pues basta para esta conclusión negativa con la ausencia de uno de los requisitos exigibles, aunque concurran los demás.

Así, el incumplimiento del deber de informar adecuadamente al paciente sobre el diagnóstico de su situación, de los riesgos y beneficios que supone el tratamiento o la intervención propuesta, supone una infracción de la *lex artis*. (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000, de 16 de enero de 2007, de 1 de febrero de 2008, de 25 de marzo de 2010).

La información se configura como un derecho del paciente fundado en la autodeterminación de la persona, siendo previa a su consentimiento, hablándose de un binomio consentimiento-información, del que deriva el consentimiento informado, dependiendo su validez de que haya sido precedido de la adecuada información al paciente[1].

A este derecho del paciente, como paso previo a prestar el consentimiento a determinada actuación sanitaria, se refiere el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y

1 Xiol Ríos, J.A., «El consentimiento informado», en la Revista Española de la Función Consultiva, núm. 14, págs. 21-84.

obligaciones en materia de información y documentación clínica , que señala que «*1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.*

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.»

Y el artículo 6 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunitat Valenciana, que señala que «*Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud en cualquier proceso asistencial; no obstante, deberá respetarse la voluntad del paciente si no desea ser informado. 2. La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales. La información será veraz, fácilmente comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, con el objeto de ayudarle a tomar decisiones sobre su salud.*»

La información deberá ser veraz, comprensible, razonable y suficiente y se deberá facilitar con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, exigiéndose un periodo mínimo de antelación del procedimiento correspondiente de 24 horas (artículo 11 de la Ley 1/2003, de la Generalitat).

La información suministrada deberá incluir:

«*- Identificación y descripción del procedimiento.*

- Objetivo del mismo.

- Beneficios que se esperan alcanzar.

- Alternativas razonables a dicho procedimiento.

- Consecuencias previsibles de su realización.

- Consecuencias previsibles de la no realización.

- Riesgos frecuentes.

- Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento por criterios científicos.

- Riesgos y consecuencias en función de la situación clínica personal del paciente y con sus circunstancias personales o profesionales» (artículo 11 de la Ley 1/2003 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.)

Tras recibir la información en los términos descritos en el precepto citado, la ley estatal exige el previo consentimiento del paciente para realizar cualquier actuación médica, señalando en su artículo 2.2 que «*toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.*»

Y en su artículo 3 define el consentimiento informado como «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.*»

Y la Ley 1/2003 autonómica lo define como «*la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa la obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él, ante una intervención quirúrgica, procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo y en general siempre que se lleven a cabo procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud.*»

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, tanto la ley estatal como la autonómica, establecen como regla general que se prestará de forma verbal, salvo en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, que deberá prestarse por escrito.

El artículo 10 de la ley autonómica contempla supuestos excepcionados del consentimiento:

Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento las siguientes:

«*a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, según determinen las autoridades sanitarias. En estos supuestos se adoptarán las medidas administrativas, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.*

b) Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones y no existan familiares, personas allegadas o representante legal, o estos últimos se negasen injustificadamente a prestarlo de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia por escrito de estas circunstancias.

c) Ante una situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento.

En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada.

Tan pronto como se haya superado la situación de urgencia, deberá informarse al paciente, sin perjuicio de que mientras tanto se informe a sus familiares y allegados.»

De acuerdo con los preceptos citados, se exige al personal sanitario que suministre la adecuada información al paciente como requisito previo a su consentimiento, debiendo suministrarse esta información de forma verbal, dejando constancia de ello en la historia clínica del paciente, salvo los casos contemplados en la citada ley.

Un elevado número de las reclamaciones sanitarias interpuestas por los particulares fundamentan la existencia de responsabilidad patrimonial en la falta de información al paciente de los riesgos que suponía el tratamiento al que se iba a someter.

En estos supuestos este Consell ha señalado reiteradamente que «*se puede dar un incumplimiento de las formalidades del consentimiento, pero que a efectos de resarcimiento, hay que estar más bien no tanto a la quiebra de las exigencias formales del consentimiento, como a la ausencia real o material de aquél, de forma que la falta de constancia escrita no hace que "per se" nazca el derecho al resarcimiento.*

(...) la ausencia de consentimiento escrito no presupone necesariamente desinformación, reconociéndose la posibilidad de que por otros medios de prueba se acredite que el paciente recibió información suficiente y aceptó la intervención, si bien en estos supuestos la prueba de existencia de consentimiento corresponde en cualquier caso a la Administración, no debiendo admitirse como prueba suficiente la simple afirmación de información verbal.» (Dictámenes 1059/2007 y 771/2008).

En la mayoría de reclamaciones de este tipo se ha ocasionado un daño al particular inherente a la actuación sanitaria practicada, por lo que resulta relevante

determinar si el paciente fue informado adecuadamente de los riesgos que suponía.

Es el caso del Dictamen 1059/2007 ya citado, en el que un hombre que padecía una miopía magna en ambos ojos, acudió al Servicio de Urgencias de un Hospital Público de Valencia por presentar visión borrosa en el ojo izquierdo, siendo diagnosticado de desgarro superior y desprendimiento de retina en ojo izquierdo, teniendo que ser intervenido en tres ocasiones, produciéndose durante la última intervención un sangrado coroideo y en el postoperatorio la aparición de membranas fibrosas proliferantes Esta complicación se da en el 10 % de los casos de las intervenciones por desprendimientos de retina. Posteriormente sufrió un nuevo desprendimiento de retina, teniendo que volver a ser intervenido, comprobándose rigidez de la retina que exige la realización de retinotomía y colocación transitoria de prefluorocarbono líquido, para producir la aplicación de la retina.

En la reclamación el interesado atribuyó la pérdida de visión a la demora en la primera intervención, alegando además falta de consentimiento informado.

En este caso el Consell concluyó afirmando la falta de información del paciente, ya que no constaba en la historia clínica el consentimiento informado firmado por él, ni existía constancia escrita alguna de que en la práctica se hubiera informado verbalmente de los riesgos y complicaciones que podía conllevar la intervención a la que se iba a someter, por lo que a pesar de que la actuación sanitaria fue correcta «*aplicándose las técnicas quirúrgicas adecuadas a la situación del paciente y con una correcta realización, como señalan todos los informes médicos, se ha privado al interesado de la facultad de decidir si se sometía a la intervención de desprendimiento de retina a pesar de sus posibles riesgos y consecuencias, al no haber firmado el consentimiento informado ni haber constancia de que recibiera información verbal, por lo que concurre el necesario nexo causal para declarar la responsabilidad de la Generalitat.*»

Como se observa, prima la finalidad perseguida con la exigencia de consentimiento informado, frente a los requisitos formales de éste.

Lo que realmente importa es si se ha cumplido o no la finalidad que se persigue con la existencia del consentimiento informado, es decir, si el paciente ha recibido la información necesaria para poder decidir sobre el tratamiento a recibir.

Por el contrario, en todos aquellos supuestos en los que tras una intervención o tratamiento se produce un daño, siempre que no quede acreditada la inadecuada actuación sanitaria y exista consentimiento informado firmado por el paciente, este Consell considera el daño inherente a la intervención, no existiendo responsabilidad de la Administración sanitaria (Dictámenes 282/2007, 771/2008, 242/2008, 582/2012, 982/2012, 135/2013, 44/2013, 364/2013 y 417/2013, entre otros).

Y por último, debemos hacer una breve referencia a la doctrina del Consell Jurídic Consultiu relativa al daño desproporcionado, de acuerdo con la cual, con

independencia de la existencia o no de una mala praxis, los particulares no tienen por qué soportar las gravísimas consecuencias derivadas de un acto médico.

El Tribunal Supremo considera que existe un daño desproporcionado cuando exista «*una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización*» (Sentencias de 6 de diciembre de 1996 y 29 de junio de 1999).

En relación a esta teoría, este Consell en reiteradas ocasiones a expresado que «*en virtud de la cual si bien a la Administración compete la acreditación del cumplimiento de la lex artis, la jurisprudencia establece una excepción cuando el daño del paciente es desproporcionado o enorme en relación con la asistencia prestada.*

(...)*La doctrina sobre el daño desproporcionado, de la que se desprende la culpa del causante del daño, corresponde a la regla "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma) y se refiere a una evidencia que o bien crea una deducción de negligencia, requiriendo que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, o bien que cabe vincular el enorme daño causado de forma evidente a la actuación sanitaria.(...)*» (Dictamen 175/2008).

RESUMEN

En este artículo se analizan los requisitos necesarios para que un daño ocasionado a un particular en un centro perteneciente a la sanidad pública genere el derecho a percibir una indemnización por el sujeto afectado, siendo preciso la infracción de la *lex artis ad hoc* para poder apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial, de manera que por el mero hecho de que se produzca un resultado dañoso en un centro hospitalario no determina en cualquier caso que exista responsabilidad patrimonial. Para ello es necesario que se acredite que la actuación sanitaria no ha aplicado todos los medios sanitarios de que dispone según el estado de la ciencia en el momento en el que se produce la atención que causa el daño.

Palabras Clave: Responsabilidad patrimonial – Doctrina Consultiva – Lex artis – Daño injusto – Administración sanitaria.

ABSTRACT

This article analyzes the necessary requirements so that an injury caused to an individual in a center belonging to public health generates the right to receive compensation for the affected individual, being necessary the violation of the lex artis ad hoc to be able to appreciate the concurrence of patrimonial responsibility, so that

the mere fact that a harmful result occurs in a hospital does not determine in any case that there is patrimonial responsibility. It is necessary to prove that the sanitary action has not applied all the sanitary means available to it according to the state of science at the moment in which the attention that causes the damage occurs.

Keywords: Patrimonial responsability – Consultative doctrine – Lex artis – Unfair damage –Health Administration.

Doctrina de los Consejos Consultivos

DOCTRINA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS DE LOS CONCESIONARIOS O CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. **COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA**
2. **CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA**
3. **CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN**
4. **CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA**
5. **CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**
6. **COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

COMISIÓN JURIDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Francesca Mas Casanovas
Letrada de la Comsisión Jurídica Asesora de Cataluña
Secretaria General

Índice:

I. INRODUCCIÓN.
II. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO.
a) Regulación preconstitucional.
b) Regulación postconstitucional.
III. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.
IV. DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA.
a) Primer periodo.
b) Segundo periodo.
V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos cuando interviene el contratista o concesionario de la Administración ha suscitado desde hace tiempo una controversia importante centrada en determinar, básicamente, cual es el alcance que confiere al particular el ejercicio de dicha acción a la vista del reparto material de responsabilidades determinado ahora por el artículo 214 del TRLCSP –aprobado por Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre–, y antes por sus precedentes, los artículos 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de la Administración Pública –que luego vino a ser el artículo 97 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio– y el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Dicha controversia se ha venido planteando desde una doble vertiente, substantiva y de procedimiento. Desde un punto de vista substantivo se han suscitado tradicionalmente dos posibles interpretaciones, a las cuales hay que añadir una tercera como consecuencia de la evolución de la normativa reguladora. La primera interpretación se ha centrado en determinar si la acción que ejerce el particular perjudicado frente a la Administración obliga a esta a responder directamente frente al mismo (en caso de cumplirse los requisitos de responsabilidad), indemnizándole, y vía acción de regreso contra el contratista, recuperar la indemnización asumida y abonada *prima facie* por la Administración. La segunda interpretación se ha basado en la consideración de que la acción ejercitada faculta a la Administración a pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad, sobre a quién corresponde responder frente al perjudicado en caso afirmativo, de acuerdo con el reparto establecido en los preceptos mencionados –ahora artículo 214 del TRLCSP– y sobre cuál es la cuantía de la indemnización. Y, finalmente, la tercera interpretación (derivada de los cambios de redacción introducidos en los diferentes preceptos), se centra en determinar si la acción solo confiere al particular perjudicado un derecho de pronunciamiento de la Administración, la cual debe limitarse a declarar, arbitralmente, a quien corresponde la responsabilidad, dejando abierta la vía que corresponda, civil o administrativa, según se determine la responsabilidad.

Desde un punto de vista de procedimiento, la cuestión debatida que se plantea tiene trascendencia, tanto para el particular como para la Administración, y tampoco resulta pacífica. Así, para el particular, el problema que se le presenta cuando en la producción del daño derivado del funcionamiento de un servicio público ha intervenido una contratista o concesionaria es cuál debe ser el cauce procedimental correcto para ejercer la acción de responsabilidad y cómo debe ejercerlo, a la vista de los apartados 3 y 4 del artículo 214 del TRLCSP; apartados que si bien guardan similitud con el artículo 134 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado –aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre–, no introducen, sin embargo, cambios significativos, uno de los cuales es el carácter potestativo del requerimiento previo a la Administración, que abre una vía, por ahora inexplorada[1], al menos para esta Comisión Jurídica Asesora. Y para la Administración, la cuestión suscitada se centra en definir cuál es el procedimiento administrativo mediante el cual debe obtener respuesta el particular, el de responsabilidad patrimonial –regulado hasta ahora en el RD 429/1993, de 26 de marzo, y ahora en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–, u otro procedimiento administrativo previo, derivado del posible requerimiento potestativo formulado por el perjudicado.

Las mencionadas cuestiones que suscita esta materia y sus interpretaciones han tenido sus correspondientes avales doctrinales y jurisprudenciales y han incidido de alguna manera en la doctrina de los órganos consultivos. Esta Comisión

1 Hasta el momento no se ha presentado a dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora ningún expediente en que haya habido este requerimiento del particular perjudicado.

Jurídica Asesora no ha permanecido ajena a esta influencia, ni a las diferentes posiciones mantenidas a nivel doctrinal y jurisprudencial, y no ha escapado al debate suscitado a raíz de las mismas y a la problemática enunciada, lo cual tiene reflejo en sus dictámenes, los cuales no han seguido una doctrina uniforme, adoptando en algunos de ellos una línea jurisprudencial y en otros una línea distinta, como se verá en el epígrafe IV.

Han sido muchos los expedientes conocidos por esta Comisión en materia de responsabilidad patrimonial en que la figura del contratista o concesionario ha irrumpido en la producción de daños. Y muchos de ellos se han resuelto en sentido desestimatorio, por lo cual pierde interés su identificación, a los efectos que interesan en este trabajo. Ahora bien, por lo que se refiere a los emitidos en sentido estimatorio, no se pretende en este trabajo abordar un estudio exhaustivo de los mismos, sino únicamente recoger cuáles han sido las posiciones doctrinales de la Comisión Jurídica Asesora y cuál de ellas ha sido la mayoritariamente adoptada. Para ello resulta necesario hacer una breve referencia al marco normativo, a la evolución seguida y a su interpretación jurisprudencial, dado que son los aspectos clave que inciden en la doctrina emitida.

II. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO.

a) Regulación preconstitucional.

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 tuvo una incidencia importante en el conjunto del esquema de la responsabilidad patrimonial introduciendo, con carácter general, un cambio normativo en el tratamiento de dicha responsabilidad y, en particular, en el supuesto que el daño hubiera sido ocasionado como consecuencia de la concesión de un servicio público de la Administración. Desde un inicio la regulación de la responsabilidad patrimonial, tal como la entendemos hoy, contempló una excepción al régimen material de la carga indemnizatoria determinando un sistema de reparto cuando intervenía un concesionario. Así, el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 estableció lo siguiente: «*En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste*». Y el artículo 123 de la misma norma estableció el procedimiento a seguir para el ejercicio de dicha acción resarcitoria en los siguientes términos: «*Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso administrativa que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso.*»

El procedimiento para instar la acción resarcitoria contemplado en el mencionado artículo vino a completarse con el Reglamento de la Ley de

Expropiación Forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, cuyos artículos 133 a 138 –derogados expresamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo–, establecían el procedimiento general para exigir una indemnización de la Administración y, el específico, para los concesionarios de servicios públicos para ejercer su acción.

Posteriormente, la normativa de contratación también recogió dicho reparto de la obligación indemnizatoria. Así, en análogos términos a los ya establecidos para los concesionarios de servicios públicos, el Reglamento General de Contratación del Estado –aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre–, recogió, en su artículo 134, el reparto de imputaciones entre la Administración y los contratistas, en el sentido de atribuir a estos la obligación de indemnizar los daños causados a terceros, salvo que mediara una orden directa e inmediata de la Administración o como consecuencia de los vicios del proyecto. Dicho artículo establecía lo siguiente: «*Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa.*»

b) Regulación postconstitucional.

El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se consagró posteriormente, en términos esencialmente iguales a los recogidos en la normativa precedente, en el artículo 106.2 de la Constitución y se desarrolló legalmente en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Su desarrollo reglamentario se llevó a cabo mediante el reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Actualmente, desde el 2 de octubre de 2016, son las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público las que regulan el instituto de la responsabilidad patrimonial. Concretamente, en lo que a los contratistas y concesionarios se refiere, es el artículo 32, apartado 9, el que viene a recoger a nivel legal lo que ya se preveía a nivel reglamentario en el artículo 1.3 del RD 429/1993, ahora derogado.

---

2 «*Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 d noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*»

Actualmente, el artículo 214 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, es el que regula la indemnización de daños y perjuicios que se causen a terceros derivados de la ejecución del contrato. Dicho precepto constituye una reproducción literal del artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y una reproducción parcial[3] de los anteriores artículos 98 de la Ley 13/1995, de Contratos de la Administración Pública, y 97 del TRLCAP 2/2000, como ser verá seguidamente. Interesa transcribir el precepto a efectos del análisis comparativo, el cual es del tenor literal siguiente:

«*Artículo 214. Indemnización de daños y perjuicios.*

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»

La lectura de los dos primeros apartados del artículo reproducido establecen el reparto de responsabilidades, siguiendo los precedentes normativos expuestos, que con carácter general se atribuye al contratista, salvo en dos supuestos: cuando los daños y perjuicios deriven de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, en el contrato de obras, en el de suministro de fabricación.

Los apartados tercero y cuarto afectan al procedimiento para hacer efectivo el derecho de resarcimiento. Es en ellos donde el legislador introdujo ciertos cambios. Así, en el artículo 98 de la LCAP, en el apartado tercero, último inciso, se añadió la palabra "civil" al final del párrafo, indicándose pues expresamente que la

3 Los dos primeros párrafos de los artículos 98 de la LCAP y 97 del TRLCAP eran y son iguales al vigente 214 del TRLCSP. La diferencia la encontramos en los apartados 3 y 4, que se refieren al procedimiento a seguir, al alcance de la resolución i a las vías de impugnación.

acción era civil. Cuando dicho precepto pasó a ser el 97 del TRLCAP, la palabra "civil" volvió a desaparecer.

Finalmente el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público siguió con la misma redacción, que ha pasado al 214 del TRLCSP.

La evolución de la regulación normativa expuesta permite inferir que, a pesar del debate existente, la intangibilidad del legislador estatal de los dos apartados primeros, en estos casi tres decenios, y de los cambios de matiz introducidos en los apartados 3 y 4, no solo ha mantenido viva la controversia desde el punto de vista material, ya suscitada desde la LEF en lo que refiere a la imputación a la Administración por responsabilidad patrimonial cuando actúa a través de contratista o concesionario, sino que incluso ha aumentado, puesto que desde el punto de vista procesal han abierto una vía potestativa que no es usada apenas por los reclamantes.

En efecto, la función consultiva nos demuestra que en la práctica no ha llegado a la Comisión Jurídica Asesora ningún expediente en el que el reclamante haya planteado a la Administración instructora, titular del servicio, el requerimiento previo potestativo al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Lo cual nos induce a creer que dicha vía previa no resulta atractiva para el particular damnificado que interpone directamente la acción de responsabilidad patrimonial, y tampoco para la Administración instructora, que en la mayoría de casos se pronuncia en sede de procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Tal vez *de lege ferenda* pudiera resolverse dicho conflicto. En este sentido, el artículo 198 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público establece como una más de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de cumplimiento, efectos y extinción de los contratos administrativos la de «*declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato*[4]».

III. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Ya desde un inicio la interpretación de los artículos 121.2 y 123 de la LEF y de los artículos 134 del RGCE dieron lugar a una doble línea interpretativa por parte de la jurisprudencia.

Una de la líneas jurisprudenciales configura su tesis interpretando que la acción que derivaba de los artículos 121.2 y 123 LEF, y del artículo 134 RGCE y

4 El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017, regula en el artículo 194 en términos muy similares, pero reduce uno de los supuestos en que es responsable la Administración. Mantiene la misma redacción en el resto del precepto. Asimismo, en el artículo 188 del Proyecto de Ley se introduce, entre las prerrogativas de la Administración, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.

del posterior artículo 98 de la LCAP, habilitaban al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la ejecución del contrato realizado por el contratista interpuesto, debiendo abonar la Administración directamente la indemnización al lesionado, sin perjuicio de que aquella pueda repetir frente al contratista.

La segunda de la líneas jurisprudenciales fundamentaba su posición interpretando los preceptos mencionados de acuerdo con su propia literalidad, es decir como una acción del particular lesionado dirigida a obtener un pronunciamiento de la Administración contratante sobre responsabilidad atendiendo al reparto de la carga indemnizatoria establecida en los preceptos. Es decir, la Administración declarará la responsabilidad del contratista, salvo que exista una orden o un vicio del proyecto que haya provocado los daños. En los demás casos, la reclamación dirigida ante el órgano de contratación será resuelta por la Administración decidiendo la responsabilidad que ha de ser satisfecha por el contratista y dejando por tanto abierta la vía jurisdiccional del orden contencioso tanto para el particular como para la empresa contratista o concesionaria.

Más adelante, la aplicación conjunta y sistemática de los apartados 3 y 4 del artículo 98 y del 1.3 del Reglamento aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, ahora derogado, sugerían una tercera línea interpretativa según la cual la Administración solo podía pronunciarse en sede de procedimiento de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes, si concurría uno de los dos requisitos de imputación material. Y, en consecuencia, era responsable frente al perjudicado. En cambio, si no se daban dichos requisitos, el reclamante debía reclamar en vía civil. Es decir, si la acción es imputable al contratista debe conocer de la reclamación la jurisdicción civil, y si el daño es imputable a la Administración, la acción que deberá ejercerse es la administrativa. La dicción literal del mismo induce a determinar una dualidad de regímenes jurídicos que operarían alternativamente en función del sujeto al que se imputa el daño.

No se citará en este trabajo la relación de sentencias, dado que no es el objeto del mismo, y, además, porque existe una amplia bibliografía que ha dedicado notables esfuerzos a su recopilación[5].

IV. DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA.

Como hemos avanzado al principio, la Comisión Jurídica Asesora no ha mantenido una doctrina homogénea en sus dictámenes emitidos en materia de

5 Entre ellos, *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, de María José Alonso y Edilberto José Narbón. Ed. Civitas, 2013; y "La responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene la figura del contratista o el concesionario de un servicio público (análisis de la reciente jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)", de Francesca Mas Casanovas. *Revista Española de la Función Consultiva*, número 2, 2004.

responsabilidad patrimonial cuando en la producción del daño ha intervenido la figura del contratista o concesionario de la Administración. Influida tal vez por el debate ocasionado a nivel doctrinal y jurisprudencial ya resumido, no ha sido ajena a las diferentes interpretaciones suscitadas.

Si bien en sus primeros pronunciamientos se acogió, indistinta y alternativamente, a ambas líneas interpretativas expuestas, más adelante se produce en su doctrina un claro decantamiento por la posición según la cual la Administración responde directamente siempre frente al particular y, vía de regreso, repite contra el contratista, invocando unas veces la titularidad del servicio público cuestionado y otras el carácter garantista frente al perjudicado. Esta última expuesta ha sido sin duda la línea mayoritariamente adoptada por la Comisión, salvo algunas excepciones[6]. No obstante, en los últimos años, encontramos algunos dictámenes que parecen poner de manifiesto un cierto cambio en la doctrina de este órgano consultivo, volviendo a la posición interpretativa según la cual la Administración debe emitir un pronunciamiento que determine a quien corresponde la responsabilidad y la cuantía indemnizatoria en sede de responsabilidad patrimonial. Resumiremos a continuación la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora a partir de una sistemática centrada en los tres distintos períodos que cronológicamente aparecen definidos.

a) Primer período.

Los primeros pronunciamientos de la Comisión Jurídica Asesora con que nos encontramos sobre esta materia y en que se plantea esta cuestión se producen dentro de un marco regulatorio configurado, básicamente, por los artículos 121.2 y 123.2 de la LEF, por el artículo 98 de Ley de Contratos de la Administración Pública de 1995 y por el artículo 134 del RGCE. Dos son los dictámenes que destacaremos de este primer periodo ya que vienen a recoger, precisamente, las dos líneas jurisprudenciales antagónicas coexistentes en aquel momento. Se trata de los dictámenes números 297/1999 y 345/2002. En el primero de ellos interviene un concesionario de servicio público de abastecimiento de agua y en el segundo una empresa contratista prestadora de un servicio de celebración de espectáculos. Analizaremos brevemente la posición sostenida por la Comisión Jurídica Asesora en ambos dictámenes.

1. Así, en el expediente que dio lugar al Dictamen 297/1999, se sometió a la consideración de la Comisión Jurídica Asesora una reclamación dirigida por varios vecinos de Corbera de Llobregat a su alcalde, con ocasión de unos daños padecidos en los aparatos calentadores de agua de sus domicilios y en las paredes adyacentes, como consecuencia, presuntamente, de una sobrepresión en la red de distribución de agua potable. Los reclamantes no calificaron su escrito inicial como

6 Dictámenes 500/2004, 244/2010 y 172/2017, en que, por el hecho de concurrir en el resultado dañoso responsablemente, tanto la Administración, como la contratista y el propio perjudicado, se establece una responsabilidad solidaria.

una reclamación de responsabilidad patrimonial; al contrario, dirigían su reclamación más bien contra la empresa concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable (SOREA, SA). Fue el alcalde quien efectuó la cualificación jurídica de la acción ejercitada, de oficio, considerándola una reclamación de responsabilidad patrimonial y procedió a tramitar el procedimiento específico. Esta calificación jurídica fue considerada procedente por la Comisión en su dictamen (F.J. II).

Una vez resuelta cual era la naturaleza de la acción que ejercían, la Comisión Jurídica Asesora entró a analizar abiertamente la problemática que había planteado el artículo 98 aplicable de la LCAP y el 134 del RGCE y centró su fundamentación en determinar si la previsión que contenían los preceptos mencionados establecía un mecanismo que habilitaba a la Administración concedente para declarar directamente en un procedimiento de responsabilidad patrimonial la responsabilidad directa del concesionario, y en consecuencia la obligación de indemnizar a los particulares afectados –que es lo que hacia la Administración instructora en la propuesta de resolución–, o bien, si aquellas previsiones legales solo posibilitaban a que la Administración obtuviera del concesionario la indemnización que aquella hubiera tenido que pagar a los reclamantes de acuerdo con los criterios de imputación, por la vía de repetición.

La Comisión Jurídica Asesora, apartándose de la propuesta de la Administración instructora, acudió, curiosamente, a la normativa local para encontrar una respuesta al caso planteado y en aplicación de los artículos 54 LBER y 159 de la LMRLC. Interpretó que la expresión "responsabilidad directa" situaba a la Administración en la posición de responder directamente frente al perjudicado, colocándose en una de las posibilidades apuntada. Aunque reconoció que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de mayo de 1980 y 7 de noviembre de 1987 se decantaba por una interpretación literal de los artículos 121.2 y 123 de la LEF, fundamentó su posición discrepante con la propuesta de resolución en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo, al entender que dicho Tribunal había canviado su criterio asumiendo la tesis de la responsabilidad directa –doctrina jurisprudencial que la Comisión Jurídica Asesora consideró recogida en las sentencias de 25 de febrero de 1998 y 31 de marzo de 1998–.

Aun así, y pese a su planteamiento, la Comisión puso de manifiesto que en el expediente examinado no obraban datos suficientes que permitieran determinar si la responsabilidad era efectivamente imputable a la concesionaria o era imputable al Ayuntamiento. Tal vez fuera esta otra de las razones que pudieron influir también en la aplicación de la tesis de obligar a la Administración a responder directamente, en este caso concreto, ya que al referirse a la acción de repetición frente al concesionario lo hizo en términos de eventualidad, "sin perjuicio de la eventual exigencia de responsabilidad a la sociedad responsable si concurren los requisitos", lo cual pone de manifiesto que no contaba con la certeza suficiente sobre a quién debiera imputarse el daño causado.

La Comisión razonó del siguiente modo:

«*FJ IX. […] Así tanto el artículo 54 de la LBRL como el artículo 159 de la LMRLCat disponen en términos idénticos que:*

"Los entes locales responden directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. […], en los términos establecidos por la legislación general sobre responsabilidad administrativa".

Esta mención expresa a la responsabilidad "directa" de los entes locales parece situarse, más bien, en el marco de la segunda de las posibilidades mencionadas.»

Asimismo, entendió la Comisión Jurídica Asesora que la responsabilidad directa daba una mayor satisfacción al mandato del artículo 106 de la Constitución, y que la controversia sobre la posible imputabilidad de la responsabilidad al concesionario era una controversia que se situaba claramente en el ámbito de las relaciones contractuales internas entre Administración y contratista. Y concluyó que, aunque las consideraciones anteriores serían suficientes para determinar una declaración de la responsabilidad directa del Ayuntamiento de Corbera de Llobregat –y que, por tanto, tenía que indemnizar a los reclamantes, sin perjuicio de poder eventualmente ejercitar una acción de repetición del importe de la indemnización contra la sociedad concesionaria–, «*hemos de añadir, desde otro punto de vista, que en este caso concreto no constan en el expediente que nos ha sido enviado datos suficientes que permitan determinar si la responsabilidad es efectivamente imputable a la concesionaria, o si es imputable al Ayuntamiento.*» En definitiva, la Comisión Jurídica Asesora declaró la responsabilidad patrimonial directa del Ayuntamiento; que los reclamantes tenían derecho a percibir de dicho Ayuntamiento responsable una indemnización, que cuantificó en 95.780 pesetas, todo ello sin perjuicio y sin prejuzgar la eventual exigencia de responsabilidad a la sociedad concesionaria[7].

2. El segundo de los dictámenes a que nos referíamos, el Dictamen 345/2002, versó sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por

7 En esta misma línea doctrinal encontramos el Dictamen 67/2001, sobre una reclamación de indemnización instada por los daños causados en una explotación agrícola como consecuencia de las obras del proyecto de "variante con desdoblamiento de vías entre Sant Boi y Santa Coloma en la línea de FGC". En este expediente sometido a consulta, la Comisión entendió asimismo que la Administración de la Generalitat era la responsable frente al tercero perjudicado y ello no constituía un impedimento para que, una vez satisfecha la indemnización, la Administración pudiera repercutir su importe contra GISA, verdadera "Administración actuante" en el presente caso, y a los efectos que aquí se tratan, y consideró que en realidad se trataba de una situación análoga a la prevista en el artículo 140 de la Ley 30/1992 por los casos de actuaciones conjuntas o concurrentes de diversas entidades públicas, donde se establece una regla de solidaridad, salvo que los instrumentos que regulen estas actuaciones prevean algo diferente, o que sea posible, por los casos de simple concurrencia, distribuir la responsabilidad en virtud de otros criterios. También, en la misma línea, los dictámenes 226/1997, 3/1998, 165/1999, 995/1999 y 84/2000.

una vecina de Manresa, por los daños derivados de una caída que sufrió en una calle del municipio y que atribuyó a la existencia de una plataforma sin señalizar que formaba parte del montaje de un puesto de la feria de espectáculos de raíz tradicional celebrada y que la empresa contratista dejó olvidada. En dicho dictamen, la Comisión se acogió, como veremos seguidamente, a la otra línea jurisprudencial que coexistía en aquel contexto normativo.

En su propuesta de resolución, la Administración instructora, de acuerdo con un pormenorizado informe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Cultura, incorporado en el expediente, reconocía la responsabilidad por los daños producidos y declaraba responsable a la empresa contratista, con lo que le imputaba directamente el pago de la indemnización. La propuesta se fundamentaba en la literalidad de los artículos 134 del RGCE de 1975, 123 de la LEF y 97 del TRLCAP. Para reforzar su propuesta se invocaba la posición del Tribunal Supremo establecida en sus sentencias de 7 y 30 de abril, 8 de mayo y 5 de junio de 2001. Y solicitaba a la Comisión Jurídica Asesora que se pronunciara expresamente sobre la cuestión controvertida.

La Comisión, en primer lugar, y por lo que se refiere al procedimiento seguido para determinar la responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento de los servicios públicos, consideró que era lo correcto, de acuerdo con la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial configurada por los artículos 106.2 de la Constitución Española; 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; por el Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, en cumplimiento del cual se otorgó audiencia al contratista. Procedimento que la Comisión consideraba correcto invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001.

Después de concretar que concurrían los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial, la Comisión centró la cuestión en señalar a cuál de los sujetos era imputable patrimonialmente la responsabilidad. Es decir, si correspondía directamente a la Administración contratante, sin perjuicio de la acción de repetición contra el contratista, o bien directamente a la empresa contratista.

La Comisión, partiendo del análisis y valoración conjunta de las sentencias invocadas por la Administración instructora y de otras precedentes y coetáneas (28 de mayo de 1980; 1 de abril de 1985; 19 de mayo de 1987; 9 de mayo y 27 de diciembre de 1989; 25 de enero de 1992; 9 de mayo y 11 de julio de 1995, y 12 de febrero y 8 de julio de 2000), extrajo algunas consideraciones y, en base, sobre todo, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2001 –dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 1999, en que el Tribunal Supremo declaró que la jurisdicción del orden contencioso administrativo era la competente para pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración o del contratista según procediese–, estableció que la Administración tenía que resolver la reclamación formulada por el perjudicado y pronunciarse tanto sobre la procedencia

de la indemnización como sobre quién tenía que pagarla. En consecuencia, declaró que tenía que prosperar el recurso de casación y que la empresa contratista debía pagar a la perjudicada.

En definitiva, la Comisión entendió, de acuerdo con la jurisprudencia valorada y después del análisis de la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que el alto Tribunal había querido dejar resuelta la posible distorsión que había sufrido la regulación de la materia y que definitivamente daba por zanjada en la sentencias de 8 de mayo y 5 de junio de 2001. Expresándose en los siguientes términos:

«*Esto es así porqué, en el caso examinado, ha existido una reclamación dirigida a la Administración contratante (Departamento de Cultura), se ha tramitado de acuerdo con un procedimiento específico para determinar la responsabilidad patrimonial, se ha otorgado audiencia al contratista, y la Administración instructora, a la vista de los actos de instrucción realizados y de acuerdo con la potestad que tiene atribuida para interpretar el contrato, ha declarado que la responsabilidad es imputable al contratista y ha fijado la cuantía*». El dictamen concluía con un pronunciamiento expreso de responsabilidad del contratista, y sobre la cuantía indemnizatoria que debía abonar[8].

b) Segundo período.

Esta etapa se caracteriza por un posicionamiento mayoritario a favor de la línea de la responsabilidad directa de la Administración y por la vía de repetición frente al contratista.

A partir del año 2003 y siguientes, la Comisión adoptó una clara posición a favor de la tesis de responsabilidad directa de la Administración y la vía de repetición frente al contratista; posición que ha mantenido mayoritariamente y con carácter general en sus dictámenes[9]. En los fundamentos que ha sostenido para adoptar dicho posicionamiento se observa una evolución de su doctrina, reflejada en dos posturas diferentes: una, inicial, basada en la titularidad del servicio; y otra, posterior, de carácter garantista para el perjudicado, siguiendo abiertamente la posición del Consejo de Estado.

1.- Así, inicialmente y en algunos dictámenes emitidos sobre accidentes de circulación, la doctrina de la Comisión se amparaba en que la titularidad de la carretera era de la Generalitat de Catalunya, y la conservación y el mantenimiento del tramo quilométrico en cuestión correspondía al Servicio Territorial de Carreteras, sin perjuicio de que dicho servicio público se prestara directamente o a través de una empresa (como así resultaba de algunos expedientes) en virtud de un

8 En la misma línea los dictámenes 94/1998, 1013/1999 y 565/2000.
9 Por ejemplo los siguientes: 995/1999, 165/1999, 84/2000, 423/2004, 502/2004, 57/2005, 87/2006, 385/2006, 386/2006, 263/2010, 36/2010, 22/2008, 79/2011, 11/2011 y 184/2016.

contrato de conservación integral. En este sentido, aun cuando la Comisión citaba el artículo 97 del TRLCAP, reconociendo el reparto de responsabilidades del mismo, se pronunciaba en los siguientes términos: «*Hay que entender que la Administración es responsable directa ante el perjudicado, en virtud del régimen general establecido en la LRJPAC, dado que los daños han sido producidos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y la manera como la Administración decida llevar a cabo sus funciones, de manera directa o a través de un tercero, no ha de significar una reducción de garantías para el perjudicado*[10].» Todo ello sin perjuicio del eventual ejercicio de la acción de regreso que pueda corresponder a la Administración instructora ante dicha empresa contratista.

2. Más adelante, la Comisión en su doctrina adoptó un criterio coincidente con la doctrina del Consejo de Estado[11], y se acogió a la misma en los siguientes términos: «*El Consejo de Estado ha interpretado siempre el ordenamiento aplicable de una manera materialmente garantista, como dice en su* Memoria *del año 2009, que facilita el ejercicio de las acciones frente a la Administración, sin necesidad de poner al perjudicado en la situación de determinar quién es el responsable del daño, si el contratista o bien la Administración. Es por ello que el Consejo de Estado ha discrepado de las interpretaciones del Tribunal Supremo (en particular de la Sentencia de 24 de mayo de 2007) y esta discrepancia se basa en el hecho de que la responsabilidad de los contratistas o concesionarios no puede ser diferente de la prevista con carácter general en el artículo 139 de la LRJPAC, puesto que otra interpretación –dice–, representaría un evidente paso atrás en la evolución garantista de nuestro derecho.*» Y añadía como colofón a su argumentación: «*Es evidente que este órgano conoce estas circunstancias, pero, aun así, en el caso que se examina se entiende que no debe añadirse a la víctima un plus procesal de no fácil identificación, que puede incluso, según las circunstancias, dar lugar a lo que se conoce como* peregrinaje de jurisdicciones.»

Así pues, la asunción por parte de la Administración, de forma directa, frente al particular perjudicado, sin perjuicio de la vía de regreso, de la responsabilidad de contratistas y concesionarios, sin duda ha sido la posición mayoritariamente adoptada por la Comisión Jurídica Asesora, con las excepciones mencionadas al principio y algunas más recientes que vamos a citar a continuación.

3. En los últimos años, la Comisión ha vuelto a un posicionamiento basado en que, si de la aplicación de los apartados primero y segundo del artículo 214 del TRLCSP se desprende claramente la responsabilidad del contratista, así puede declararlo expresamente en sede de procedimiento de responsabilidad patrimonial. Así, en sus dictámenes parte inicialmente de la afirmación según la cual, dado que no constaba en los expedientes examinados sometidos a consulta si el reclamante hizo uso de la vía potestativa previa[12] prevista en el artículo 214.3 del TRLCSP –que

10 Dictámenes 423/2004, 57/2005, 87/2006, 385/2006, 386/2006 y 49/13.
11 Puesta de manifiesto en su *Memoria* del año 2009.

le permitiría instar al órgano de contratación un pronunciamiento sobre a cuál de las partes del contrato le corresponde la responsabilidad por daños–, ha entendido que el reclamante ha optado por instar directamente la acción de responsabilidad patrimonial ante la Administración, y es en este cauce procesal donde debe pronunciarse sobre a quién corresponde la carga indemnizatoria derivada del reparto material efectuado por los apartados 1 y 2 del artículo 214 del TRLCSP.

Uno de los dictámenes al que nos referimos es el Dictamen 165/2015, emitido sobre un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la propietaria de una finca, por los daños sufridos como consecuencia de la ejecución de las obras de un proyecto de mejora general y acondicionamiento de carreteras. La Comisión exponía, a la vista del expediente estudiado, que la reclamante perjudicada intentó llegar a un acuerdo con las diferentes empresas que intervinieron en las obras, así como con sus aseguradoras, sin obtener una respuesta satisfactoria. Por ese motivo interpuso la reclamación ante el Departamento de Territorio y Sostenibilidad, el cual tramitó el procedimiento de responsabilidad patrimonial sin entrar a efectuar un pronunciamiento previo potestativo de mera imputación.

La Comisión se basó en que en el expediente quedaba perfectamente acreditado que los daños no derivaban de ninguno de los dos supuestos en que el legislador atribuye la obligación de responder a la Administración, lo que le llevó a concluir que la Administración autonómica no era la responsable de los daños y perjuicios provocados a la reclamante. Interesa reproducir el Fundamento Jurídico VI de dicho Dictamen:

«*[…] El artículo 214.3 del TRLCSP establece que los terceros pueden requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, eso es, si corresponde a la Administración o al contratista. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. Como ya se ha dicho, la reclamante no ha presentado específicamente y expresamente esta petición de pronunciamiento previo, lo cual no es obstáculo para que entre en juego el reparto de responsabilidades previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 214 citado, en que la responsabilidad por los daños producidos a terceros por las operaciones desarrolladas en ejecución del contrato es del contratista, salvo que se den las dos circunstancias que se acaban de examinar. […] En la ejecución de las obras, en el marco de las cuales se practicaron las voladuras que produjeron los daños a la ahora reclamante, han intervenido hasta cinco empresas, pero a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial, y en aplicación del precepto citado, lo que hay que tener en cuenta es la contratista de la Administración, que es la adjudicataria del contrato, independientemente de que ella iniciara la cadena de*

12 Dictámenes 165/2015, 93/2016 y 262/2016.

subcontrataciones para ejecutar las obras. […] Como establece el artículo 224.2 y 227.4 del TRLCSP, los subcontratistas quedan obligados solo ante el contratista principal, que asume la responsabilidad total de la ejecución del contrato ante la Administración, y por tanto, también los daños que se producen a terceros […].»

Así, la Comisión Jurídica Asesora estableció que el hecho de que la pretensión indemnizatoria, articulada a través de la acción de responsabilidad patrimonial, se imputara a las operaciones de ejecución de unas obras llevadas a cabo por una contratista, no afectaba a la competencia del órgano de contratación o de la Administración titular de la vía para pronunciarse sobre a cuál de las partes del contrato corresponde la responsabilidad por los daños producidos de acuerdo con las reglas del artículo 214 mencionado. Y, a la vista de los hechos valorados jurídicamente, la Comisión consideró que, al no darse ninguna de las dos circunstancias que la ley establece para exonerar al contratista, por un lado procedía declarar que la responsabilidad correspondía a la concesionaria de la obra, y por otro, indicar la inexistencia de responsabilidad de la Administración.

Añadió la Comisión en su razonamiento que el prolongado debate jurisprudencial y doctrinal, como consecuencia de una regulación confusa, no deben impedir establecer algunos elementos clave para asegurar un nivel mínimo de virtualidad al derecho de los reclamantes de resarcimiento de los perjuicios sufridos que han quedado acreditados. Y concluyó que hay que tener en cuenta que la Administración goza de la prerrogativa de interpretar los contratos que subscribe (artículo 210 del TRLCSP); facultad de la cual también es una muestra la previsión del artículo 214.3 cuando apodera al órgano de contratación, para decidir si, según las reglas de este precepto, la responsabilidad por daños corresponde al contratista o bien si este queda liberado. En ese sentido, este órgano consultivo considera, en el dictamen analizado, que el pronunciamiento interpretativo de la Administración se proyecta sobre el cumplimiento de una obligación y su alcance.

Por tanto, en coherencia con dicha regulación, la Administración, cuando afirma que efectivamente existe responsabilidad patrimonial y un derecho de resarcimiento, pero ella misma queda exonerada por aplicación de las reglas del artículo 214.2, ha de indicar la responsabilidad del contratista, y, también, valorar el importe de la indemnización. Así que, en el dictamen en cuestión, acabó concluyendo que esta última alternativa era la que correspondía al caso sobre el cual se informaba, en cuya tramitación había intervenido el contratista. Por consiguiente, afirmó que la responsabilidad correspondía a la empresa concesionaria, que debía atender la obligación de acuerdo con el artículo 246.e) del TRLCSP, y se pronunció también sobre la cuantía.

V. CONCLUSIÓN.

De la síntesis de la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora puesta de relieve en los apartados precedentes, así como del marco normativo regulatorio y su interpretación jurisprudencial resumida, podemos inferir que se trata de una materia

en que todavía se mantiene el debate abierto y esta Comisión ha venido a reflejar en su doctrina la influencia de la controversia suscitada, haciéndose eco en algunas ocasiones de una tesis y en otras de la contraria. Podemos afirmar, pues, que la controversia sigue viva.

Los expedientes examinados como consecuencia de la práctica consultiva en esta materia nos permiten inferir algunas conclusiones. Una de ellas es que los particulares no han hecho uso general y sistemático de la potestad que les atribuye el artículo 21441.3 del TRLCSP, de pronunciamiento previo de imputación de responsabilidad. En el supuesto que lo hayan hecho, ha sido la Administración la que no ha dado respuesta a través de un procedimiento previo, sino que lo ha canalizado a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado hasta hace poco en el RD 429/1993, y ahora en las Leyes 39/2015 y 40/2015. La insistencia del legislador en mantener la previsión recogida, antes en el artículo 1.3 del RD 429/1993, y ahora en el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, nos parece que no va a contribuir a solucionar el conflicto planteado y mantendrá viva la controversia de manera cronificada.

La oportunidad que se vislumbra a través del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en fase de tramitación parlamentaria, para establecer, como mínimo, un cauce procedimental realista para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial cuando interviene la figura del contratista o concesionario, que permitiera dilucidar en sede de responsabilidad patrimonial su imputación, reabriendo el cauce que marcó el artículo 134 del RGCE, clarificaría la situación y acabaría de una vez por todas con las dudas y obstáculos que se presentan tanto para el particular reclamante como para la Administración instructora del procedimiento.

Tal vez un primer paso en la resolución del conflicto podría ser la previsión incorporada en el artículo 188 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que entre las prerrogativas clásicas de la Administración incorpora la de declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Pablo J. Collado Beneyto
Jefe del Servicio de Coordinación y Documentación
del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Abogado de la Generalitat Valenciana

El artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en idénticos términos que el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

«*1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta la responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el placo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»

Lo primero que ha de advertirse es que ese precepto se está refiriendo a la responsabilidad patrimonial extracontractual por los daños producidos a terceros por contratistas o concesionarios, pero no por sujetos que mantengan otro tipo de rela-

ción jurídica con la Administración, como podrían ser los ocasionados por los beneficiarios de subvenciones.

Así, por ejemplo, en el Dictamen 587/2014 en un supuesto de una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el SERVEF (organismos autónomo dependiente de la Conselleria competente en materia de trabajo) por los daños sufridos por un alumno de un curso de formación profesional ocupacional, organizado por una confederación privada, impartido por una sociedad mercantil y subvencionado por la Generalitat, declara que «*la empresa o asociación de empresas que percibió la oportuna subvención para organizar o impartir en sus locales y por su personal un Curso de formación profesional ocupacional, o su aseguradora, solo es una beneficiaria de una ayuda pública habilitada como instrumento de una política activa de empleo, lo que excede el ámbito de la responsabilidad de los contratistas y concesionarios de la Administración –que se regula en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3 / 2011 de 14 de noviembre, en relación con el artículo 1.3 del citado Reglamento procedimental– , por lo que tampoco puede la Administración que otorgó las ayudas declarar su posible responsabilidad, cuando esta tampoco se ha acreditado, respecto de los compromisos que adquirió como perceptora de ayudas públicas, en el marco del artículo 14 de la Ley 38 / 2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones.*»

En cuanto a los daños ocasionados por concesionarios o contratistas, del análisis de ese precepto se colige sin dificultad que, siempre que concurran los requisitos exigidos, respectivamente, en las Leyes 39 y 40/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de Régimen Jurídico del Sector Público (ejercicio dentro de plazo de la acción, legitimación del interesado, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar la lesión …), la Administración Pública ha de responder patrimonialmente de los daños y perjuicios ocasionados por sus contratistas o concesionarios a terceros, cuando tales daños obedecen a una orden de la Administración o a los vicios del proyecto elaborado por ella, porque en tal caso el daño es directamente imputable a la Administración.

Por otra parte, como ya indicábamos en el nº 10 de la Revista Española de la Función Consultiva (Julio/Diciembre de 2008), cuando el daño es exclusiva y materialmente achacable al contratista o concesionario porque no ha mediado una orden administrativa ni existían vicios en el proyecto elaborado por la Administración, las tesis posibles sobre la interpretación del precepto son las tres siguientes:

1ª) Lo único que permite el precepto es que la Administración se exonere de su responsabilidad patrimonial mediante la indicación del contratista o concesionario que ha ocasionado el daño, a efectos de que se pueda dirigir contra él la posible reclamación de responsabilidad patrimonial.

2ª) La Administración no sólo puede exonerarse identificando al responsable, sino que además debe fijar, cuando proceda, la cuantía indemnizatoria.

3ª) Con independencia de que la Administración sea la responsable material del daño, o lo sea directamente el contratista o concesionario, la Administración en cuanto titular del servicio público o de la obra pública siempre responde directamente, sin perjuicio del derecho de repetición frente a aquél. Esta tesis tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución española que recoge la responsabilidad de la Administración por los daños que sean «*consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*», por lo que la posición del perjudicado no debe agravarse por el hecho de que exista un contratista o concesionario interpuesto para la ejecución de la obra o la prestación del servicio público.

La tesis mantenida por el Consell Jurídic Consultiu ha sido, y sigue siendo, la de la responsabilidad directa de la Administración en el caso de daños producidos por contratistas o concesionarios en el marco de la ejecución de una obra pública o de un servicio público.

Así, a título de ejemplo, podrían citarse los siguientes Dictámenes:

- El Dictamen 849/2009, en un supuesto de daños y perjuicios sufridos en un inmueble, durante la pavimentación de una vía pública por una contratista, como consecuencia de una fuga de agua potable procedente de una tubería enterrada en el subsuelo, afirma que «*la causa de los daños se produce en un elemento patrimonial del Ayuntamiento y tiene su origen en unos trabajos adjudicados por la propia Corporación Local, por lo que ésta debe responder por los daños sufridos por los particulares, con ocasión del funcionamiento de un servicio municipal, al concurrir los requisitos legalmente previstos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Local competente.*» En consecuencia, estima que el Ayuntamiento ha de indemnizar «*sin perjuicio de repetir, si así procede, tal importe al contratista autor material de los daños.*»

- El Dictamen 125/2010, recaído en relación con una reclamación de una empresa por los daños sufridos por el corte del servicio de suministro domiciliario de agua potable llevado a cabo por la concesionaria de ese servicio, indica que, «*la posición de la Administración en el seno de la relación contractual establecida con estos particulares (concesionario y contratista), en virtud de la cual se distribuyen y asumen riesgos entre las partes contratantes, no incumbe al particular que sufre daños a consecuencia de esa actividad, cuya integridad patrimonial debe ser garantizada por imperativo de los artículos 106 de la Constitución, 139 y siguientes de la Ley 30/1992...*».

- El Dictamen 271/2010, al analizar una reclamación de una persona por los daños sufridos en su caída en un paseo del municipio, como consecuencia de una mancha de aceite en la calzada producida por una máquina de limpieza perteneciente a la empresa adjudicataria del servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento, recuerda que «*la intervención de los contratistas o concesionarios de servicios públicos no altera la responsabilidad patrimonial directa de la*

Administración titular del servicio, pues el artículo 106.2 de la Constitución Española establece la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sin distinguir entre gestión directa o indirecta del servicio, entre otros dictámenes números 96/2007, 218/2007 y 315/2008 y sin perjuicio de la acción de repetición de la Administración frente al contratista por el importe abonado.»

- El Dictamen 1374/2011, respecto de una reclamación por los daños sufridos tras un resbalón en un edificio público por la existencia de un charco que se había formado por la acumulación de un producto oleaginoso derramado por el empleado de la empresa de jardinería contratada por la Administración, afirma que en los supuestos de daños causados a los particulares por los contratistas o concesionarios de las Administraciones Públicas, este Órgano consultivo «*mantiene la responsabilidad directa de la Administración titular del servicio o la obra pública, sin que la Administración pueda exonerarse de su responsabilidad declarando la responsabilidad de la entidad contratista o concesionaria de la obra o del servicio público, y ello sin perjuicio del derecho de repetición contra el contratista…*».

- El Dictamen 1137/2011, en un supuesto de caída de una señora en un mercado municipal por el vertido de aguas de un puesto de venta concedido por la Administración, declara la responsabilidad directa del Ayuntamiento, sin perjuicio de la acción de repetición frente al concesionario del puesto.

- En el Dictamen 403/2012, relativo a una reclamación por los daños sufridos al caer al suelo una persona cuando caminaba por una acera en que se había derramado aceite por parte de un vehículo de una contratista del Ayuntamiento, declara que «*la causa eficiente del vertido de aceite es la maquinaria empleada para prestar un servicio genuinamente municipal como es el de limpieza viaria*», advirtiendo que «*El hecho de que fuera una persona jurídico-privada la titular del vehículo, contratista del Ayuntamiento de Valencia, no exime a éste de abonar la indemnización correspondiente, sin perjuicio de repetir contra aquélla.*»

- El Dictamen 609/2014, respecto de una solicitud de indemnización por la pérdida de visión de un ojo de un paciente como consecuencia de la implantación de una lente defectuosa suministrada por una empresa privada, considera que «*habiendo sufrido el reclamante un daño que no tenía el deber jurídico de soportar al fracturársele la prótesis ocular que portaba, debe ser indemnizado por tal concepto, sin perjuicio de que la Administración repita posteriormente contra X- quien distribuyó el producto– o contra Z -fabricante de la prótesis–*».

- El Dictamen 15/2015 considera que procede que la Administración indemnice un determinado porcentaje de los daños ocasionados a una persona que cayó con su motocicleta por una carretera de titularidad autonómica que no estaba en buenas condiciones y, cuyo mantenimiento correspondía a una empresa contratista, «*sin perjuicio de instruir procedimiento para verificar que las reiteradas necesidades de reasfaltado del tramo de carretera donde se produjo el*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 159-163

siniestro traen causa de un deficiente diseño de su trazado o de una deficiente ejecución de la plataforma sobre la que se asienta su pavimentación, como parece deducirse del Informe de funcionamiento emitido en el presente procedimiento», porque «*De ser así, procedería repetir en la cuantía de la indemnización que se satisficiera en este caso (y en otros que se hubieran podido producir en el mismo tramo de carretera) contra la contratista que eventualmente fuera responsable de aquel diseño o de aquella ejecución defectuosa.*»

- El Dictamen 309/2015 aborda una reclamación de responsabilidad patrimonial de una paciente que fue derivada de un Hospital público de la Generalitat a un Centro privado concertado, para ser intervenida quirúrgicamente, sufriendo determinados daños en el centro concertado. En el Dictamen se afirma que «*Es doctrina reiterada de este órgano Consultivo, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y la posición que al respecto ha venido manteniendo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, que las Administraciones Públicas no pueden quedar exoneradas, frente a los perjudicados, cuando actúan a través de contratistas*».

Ahora bien, esta tesis se ha matizado por este Órgano Consultivo, en alguna ocasión, en relación con los daños ocasionados por el concesionario de un bien de dominio público o el autorizado a utilizar el demanio, cuando la actividad desarrollada esté desvinculada de la prestación de un servicio público, porque en estos casos se considera que sólo debe responder el concesionario o autorizado, salvo que el daño derivarse de no haber desplegado la Administración el deber de vigilancia o control que le correspondía.

En este sentido, el Dictamen 1080/2011, en relación con una reclamación de una señora por los daños sufridos en un mercadillo municipal, al ser golpeada por una tabla que debido al fuerte viento se soltó de un puesto de venta de titularidad privada, declara que debe desestimarse porque el hecho de que el Ayuntamiento haya autorizado a la Unidad de Venta al ejercicio de la actividad no supone que deba responder de los daños causados por ésta durante la ejecución de la actividad.

Por el contrario, el Dictamen 1095/2011 considera que existe responsabilidad directa de la Administración, en un supuesto de daños producidos a una señora por una caída en una playa al tropezar con una cuerda que delimitaba una concesión administrativa de hamacas, aunque el Pliego indicaba que «*la explotación de las instalaciones se llevará a cabo bajo el exclusivo riesgo y responsabilidad del titular de la autorización*», porque no se enerva la corresponsabilidad del Ayuntamiento consultante, que debió comprobar o supervisar que la delimitación de la explotación se hacía de conformidad con lo establecido en el Pliego de condiciones, y que además no debió conceder la autorización para iniciar la actividad al no contar con un seguro de accidentes y de responsabilidad civil como exigía el referido Pliego.

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Elisa Moreu Carbonell
Miembro del Consejo Consultivo de Aragón

Sumario:

I. LA REGLA GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN.
II. LAS VÍAS DEL PERJUDICADO PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO.
III. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.
a) Responsabilidad administrativa por la organización de festejos populares.
b) Responsabilidad administrativa por suministro de productos defectuosos.
IV. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN O REGRESO CONTRA EL CONTRATISTA.

El objetivo de este trabajo es analizar los últimos dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón en asuntos de responsabilidad patrimonial cuando la actividad o servicio causante del daño no se ha prestado directamente por la Administración, sino indirectamente por agentes privados mediante las distintas modalidades de contratación. Y es que uno de los aspectos más controvertidos del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, al que que se enfrentan ocasionalmente los órganos consultivos, es el relativo a los daños ocasionados por los contratistas del sector público, bien sea en la construcción de obras públicas, en la prestación de servicios públicos o como consecuencia de bienes suministrados a la Administración.

Lo cierto es que la normativa que regula la responsabilidad de los contratistas de la Administración sigue siendo dispersa, confusa e insuficiente, así que su interpretación y aplicación al caso concreto no resulta nada fácil.

Del conjunto de expedientes tramitados se observa que es práctica habitual imputar al contratista la responsabilidad por los daños causados cuando la actividad o servicio público se presta a través de una empresa privada, aplicando el principio de riesgo y ventura del contratista (artículo 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP). Los dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón matizan esta regla general en atención a las circunstancias concurrentes, como ocurre con la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, e interpretan las distintas vías que tiene el perjudicado para exigir dicha responsabilidad.

I. LA REGLA GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN.

La responsabilidad patrimonial por actos de los contratistas de la Administración está regulada en la ley de contratos del sector público, que dispone como regla general que «*será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato*» (art. 214.1 TRLCSP).

Los dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón sobre esta materia todavía no han aplicado la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que es la que actualmente disciplina el instituto de la responsabilidad patrimonial, ni la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), que regula el procedimiento administrativo para exigirla. En virtud de sus disposiciones transitorias, los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor se rigen por los preceptos de la normativa anterior. En definitiva, los dictámenes analizados entre los años 2015 y 2017 aplican la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

En realidad, ni las leyes procedimentales vigentes, ni las anteriores, regulan con detalle la responsabilidad del contratista de la Administración. Las leyes 30/1992 (art. 144) y 40/2015 (art. 35) contemplan el supuesto en que las Administraciones públicas actúan en relaciones de derecho privado, en cuyo caso su responsabilidad se exigirá según las normas de la responsabilidad patrimonial. Además, las leyes de procedimiento administrativo se ocupan de la responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas, en un supuesto parecido pero no idéntico al que constituye objeto de nuestro análisis.

La única referencia a la responsabilidad del contratista, fuera de la legislación contractual, la encontramos en el artículo 1.3 del RRP que disponía que «s*e regirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean conse-*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 165-174

cuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, la legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

En cualquier caso, la clave radica en determinar a qué sujeto hay que imputar los daños ocasionados por la ejecución del contrato: a la Administración contratante o a la empresa contratista. La regla general es que el contratista debe indemnizar de todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato (art. 214 TRLCSP), en coherencia con el principio de riesgo y ventura que reconoce el propio artículo 215 del TRLCSP y como manifestación del principio *pacta sunt servanda* que informa la normativa sobre contratación. En relación con el contrato de obra pública, el artículo 312 del TRLCSP dispone que el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél. Una vez determinada la imputación, aún quedan flecos sueltos, como concretar el procedimiento aplicable para determinar dicha responsabilidad: si el contratista responde con arreglo a las normas propias de la responsabilidad patrimonial (hoy en la LPAC y antes en la LRJAP-PAC y el RRP), o si queda abierta la vía de la responsabilidad civil frente al contratista.

El Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón nº 104/2016 informa desfavorablemente una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra el Ayuntamiento de Gallur (Zaragoza) por los daños ocasionados a causa de una caída por una red metálica que se encontraba en la vía pública, sin señalización, procedente de una obra pública. La fundamentación del dictamen es directa y clara: no apreciando una orden directa e inmediata de la Administración municipal que pueda señalarse como causa de los daños, «*es evidente, entonces, que la responsabilidad deberá ser dirigida hacia la empresa contratista*» por aplicación del artículo 214 del TRLCSP, sin más consideraciones, atendiendo a los datos del expediente.

En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón nº 132/2016 se pronuncia sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra el Ayuntamiento de Zaragoza por los daños derivados de una caida en el autobús urbano. El Consejo Consultivo, aplicando las reglas generales sobre la responsabilidad del contratista, dictamina que el interesado tiene que reclamar frente a la empresa concesionaria del servicio de transporte urbano de viajeros y no frente al Ayuntamiento. En este caso, concretamente, además de fundamentar su decisión en el artículo 214 del TRLCSP, el órgano consultivo aplica un requisito del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que incluía entre las obligaciones del concesionario la de «*indemnizar de los daños que se ocasionen a terceros por*

causa de la explotación de la prestación del servicio, salvo cuando el Ayuntamiento de Zaragoza resulte responsable por proceder la lesión de manera inmediata y directa de una orden suya». En definitiva, el daño antijurídico se produjo en el funcionamiento del servicio de transporte, sin que mediara intervención especial del Ayuntamiento, circunstancia que impide imputar los daños a la Administración municipal.

II. LAS VÍAS DEL PERJUDICADO PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO.

El derecho que tienen los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106 de la Constitución española) no puede quedar obstaculizado por la forma de gestión –directa o indirecta– de dichos servicios. De suerte que si la Administración opta por una gestión indirecta, esta decisión organizativa no debería incidir negativamente en quien sufre el daño.

La regla de la responsabilidad del contratista (art. 214.1 TRLCSP) admite excepciones, porque la ley de contratos imputa la responsabilidad a la Administración contratista en ciertos casos, abriéndose así un abanico de vías de reclamación para el perjudicado. En efecto, según el artículo 214.2 del TRLCSP, cuando los daños y perjuicios «*hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación*». Aún debería añadirse otro supuesto, muy problemático, derivado de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial por omisión, cuando la Administración ostenta poderes de dirección, vigilancia y control de la ejecución del contrato y no los hubiera ejercido correctamente, incurriendo en *culpa in vigilando*.

En resumen, el perjudicado tiene tres vías de reclamación posibles:

a) En primer lugar, puede optar por demandar en vía civil únicamente al contratista (o a su aseguradora, en virtud de la acción directa reconocida por la ley de contrato de seguro), si entiende que es el responsable único de los daños, con la excepción que introducía la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC para los centros sanitarios concertados. Actualmente, el artículo 35 de la LRJSP se remite al procedimiento administrativo de responsabilidad incluso cuando la Administración «*concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad*». Lo que está claro es que el damnificado no puede demandar a la Administración contratante en vía civil, ni sola ni junto con el contratista, como se deduce de la legislación procesal contencioso-administrativa.

b) El perjudicado también puede dirigirse directamente frente a la Administración contratante para exigir la indemnización, si considera que el daño le es impu-

table solo a ella y no al contratista, por orden directa, vicio del proyecto u otras circunstancias. Si se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial, la Administración abonará la indemnización y luego podrá ejercer su derecho de repetición frente al contratista. Esta vía directa es coherente con los principios de seguridad jurídica, garantía de los damnificados, eficacia y agilidad de los procedimientos.

c) La legislación contractual regula un requerimiento previo en vía administrativa que el perjudicado puede (facultativamente) formular ante el órgano de contratación «*para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños*» (art. 214.3 TRLCSP). Este requerimiento previo plantea numerosas dudas interpretativas: no está claro si es el procedimiento ordinario de reclamación de responsabilidad o un procedimiento distinto, ni tampoco lo que ocurre si el perjudicado no formula dicho requerimiento y se limita a reclamar directamente contra la Administración, o si la Administración puede declarar que la responsabilidad corresponde al contratista.

El requerimiento aparece regulado en la legislación contractual como un simple trámite previo al ejercicio de la verdadera acción, que sería la acción directa contra la Administración o contra el contratista, al disponer que «*interrumpe el plazo de prescripción de la acción*» (artículo 214.3 TRLCSP). Pero, según la línea jurisprudencial que se ha impuesto actualmente (STS 3572/2001, de 30 de abril, ECLI: ES:TS:2001:3572), el requerimiento del artículo 214.3 del TRLCSP es, en realidad, el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial. Por eso, la Administración contratante puede pronunciarse sobre si la responsabilidad le es imputable a ella o al contratista, y resolver sobre la indemnización que deba ser satisfecha al perjudicado, incluso cuando éste no requiere expresamente que se efectúe el deslinde de las responsabilidades respectivas y se limita a solicitar la responsabilidad de la Administración. Para el Tribunal Supremo carece de sentido y atenta contra el principio de economía procesal que, teniendo como tiene la Administración la potestad de interpretar el contrato, se tenga que abrir una nueva vía administrativa, o en su caso procesal, para que se haga efectiva la indemnización al perjudicado. Es imprescindible que el órgano de contratación se pronuncie sobre todas las circunstancias de la reclamación, dando audiencia al contratista. Como dicen los tribunales, «*los preceptos citados imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento*» (por todas, SJCA Barcelona 1806/2015, de 10 noviembre, ECLI: ES:JCA:2015:1806).

Las diferentes vías de acción –y su evolución– se reflejan en los dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón, aunque normalmente se ha pronunciado sobre casos en que el perjudicado se dirigía contra la Administración en reclamación de daños causados por el contratista, sin aludir expresamente a la viabilidad de otras acciones.

En su Dictamen nº 41/2014, el Consejo Consultivo informa favorablemente sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de los daños provo-

cados por una caída en el auditorio municipal. Como el servicio de conservación y limpieza se había adjudicado a una empresa contratista, el Ayuntamiento entendió que el reclamante debía dirigirse frente a la citada sociedad, al amparo del artículo 214 del TRLCSP. En realidad, lo que pretendía el Ayuntamiento era negar su propia responsabilidad obligando al damnificado a reclamar frente a la empresa contratista una vez que había finalizado el plazo de prescripción de un año. El Consejo Consultivo entiende que el Ayuntamiento incumplió el procedimiento previsto en el artículo 214 del TRLCSP, que permite al perjudicado presentar un requerimiento al órgano de contratación para que éste, oido el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes –Administración o contratista– corresponde la responsabilidad por los daños causados. En este caso, el Ayuntamiento había tardado nada menos que dieciocho meses en comunicar a la empresa que se había presentado dicha reclamación, sin precisar que la responsabilidad le correspondía precisamente a ella.

El Consejo Consultivo de Aragón recuerda que, una vez presentada la reclamación por daños, la Administración municipal tenía una alternativa que no respetó: o bien considerar que concurrían los requisitos necesarios para exigir responsabilidad patrimonial y la correspondiente indemnización, o bien estimar que no concurrían. En la primera hipótesis se abría, a su vez, un doble camino: entender que la responsabilidad correspondía a la sociedad contratista encargada de la limpieza o entender que los daños eran imputables a la propia Administración, en los supuestos del apartado 3 del artículo 214 TRLCSP. Sin embargo, la Administración municipal decide tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial para finalmente trasladar su responsabilidad a la sociedad contratista. En palabras del órgano consultivo, «*desde luego, lo que no procede es que dos años después del escrito inicial, el Ayuntamiento se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando al perjudicado las puertas para actuar contra la empresa que considera obligada a resarcirle puesto que, ahora, estaría fuera del plazo de prescripción de un año, vulnerando así principios básicos del actuar administrativo como los de buena fe y confianza legítima o de celeridad e impulso en la tramitación del procedimiento*» (consideración quinta).

El Dictamen nº 41/2014, movido seguramente por un principio de justicia material, imputa la responsabilidad a la Administración por no haber tramitado correctamente el procedimiento administrativo de responsabilidad. Según sus propias palabras, «*es contrario a la lógica jurídica que una Administración que no se considera responsable por entender que la responsabilidad corresponde a la empresa de limpieza del auditorio, pueda, sin embargo, decidir sobre la concurrencia o no del resto de los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial, tales como el nexo causal, la antijuridicidad o la existencia misma y cuantía del daño, cuando se atribuye a otro*». En definitiva, concluye que el Ayuntamiento no puede obligar al perjudicado, una vez incumplido el plazo por la falta de diligencia en la tramitación del procedimiento administrativo, a que reclame su indemnización a la empresa contratista encargada de la limpieza del auditorio municipal.

III. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.

A continuación me centraré en dos supuestos especiales que –por su incidencia e interés– permiten extraer conclusiones sobre la responsabilidad del contratista: la organización de festejos populares y la responsabilidad por productos defectuosos.

a) Responsabilidad administrativa por la organización de festejos populares.

En su Dictamen nº 111/2017, el Consejo Consultivo de Aragón, en contra de la propuesta de la Administración, informa favorablemente sobre la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de los daños causados durante las fiestas patronales de la localidad al caerse uno de los mostradores metálicos utilizados como barra de bar. El Consejo Consultivo recuerda que la Administración es responsable de los actos festivos que se celebran en los espacios públicos municipales, que deben realizarse en condiciones de seguridad y con supervisión de los servicios administrativos. El nexo causal no se rompe por el hecho de que la gestión de los festejos populares se encomiende a comisiones (de fiestas) o a personas jurídicas independientes incardinadas en la organización municipal. Con cita de la STS de 12 julio de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:5052), concluye que:

«*(...) se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal (sentencias de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero de 1995, 25 de mayo de 1995, 18 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998, entre otras) [...]*».

Sin embargo, en el caso del Dictamen nº. 111/2017, la actuación culposa o negligente de la víctima llevó al Consejo Consultivo de Aragón a repartir proporcionalmente la reparación del daño a cargo de la Administración, reduciéndose el *quantum* indemnizatorio en un 50 %.

b) Responsabilidad administrativa por suministro de productos defectuosos.

Alusión aparte merece, por sus peculiaridades, la responsabilidad patrimonial del contratista por productos defectuosos, que constituye el objeto del Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón nº 110/2017. En este caso, el órgano consultivo aragonés se pronunciaba sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados por la dispensación del fármaco perfluoroctano "Ala octa" en una interven-

ción quirúrgica practicada a la reclamante en un hospital público. Otros órganos consultivos autonómicos han tenido ocasión de pronunciarse sobre casos idénticos en relación con la toxicidad del perfluoroctano, como la Comisión Jurídica del País Vasco (Dictámenes 175/2016, 195/2016 y 210/2016), el Consejo Consultivo de La Rioja (Dictamen 43/2016) y el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 201/2017).

Prescindiendo de los demás temas abordados (cláusula de los riesgos del progreso, compatibilidad entre las vías de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la acción de responsabilidad del fabricante según la legislación de consumidores y usuarios), el Dictamen nº 110/2017 plantea también la responsabilidad de la empresa contratista distribuidora del fármaco, algo que no había sido tratado en los dictámenes de los demás órganos consultivos autonómicos.

Frente a la tesis mantenida por la Administración, partidaria de imputar directa y exclusivamente toda la responsabilidad a la empresa distribuidora del medicamento con base en los artículos 214 y 215 del TRLCSP, el Consejo Consultivo de Aragón rechaza que la concurrencia de la empresa contratista rompa la relación de causalidad entre el servicio público sanitario y el daño antijurídico sufrido. El Dictamen nº 110/2017 se detiene en la eventual responsabilidad de todos los agentes de la cadena de fabricación-distribución-suministro del fármaco "Ala octa" y su impacto en el requisito de la imputación y el nexo causal.

En primer lugar, delimita jurídicamente la figura del suministrador y su posición en el régimen general de la responsabilidad por productos defectuosos. En Derecho español no existe un régimen específico de responsabilidad por los daños ocasionados por el uso o consumo de medicamentos, así que se debe acudir al régimen general de la responsabilidad por productos defectuosos de la legislación general de consumidores y usuarios, que es trasposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU). El TRLDCU considera proveedor al «*empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*» (art. 7), y según el artículo 146 del TRLDCU:

«*El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor*».

En definitiva, la responsabilidad del proveedor-suministrador se rige por las reglas generales de la responsabilidad por productos defectuosos de la Directiva 85/374/CEE y de la ley española de consumidores y usuarios. Así que la Administración no puede desviar su propia responsabilidad hacia la de la empresa suministradora por el hecho de ser contratista. Por otro lado, la responsabilidad del proveedor de un producto defectuoso sólo se genera cuando se suministra el producto a sabiendas de la existencia del defecto, circunstancia que ni siquiera había sido planteada por la Administración.

Y, en todo caso, el propio artículo 214 del TRLCSP abre la puerta a que los que sufren un daño requieran previamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución y de la legislación del procedimiento administrativo común, para evitar un penoso peregrinaje a quien sufre el daño antijurídico, por motivos de economía y de justicia material.

En segundo lugar, el Consejo Consultivo recuerda que cuando concurren varios agentes en la producción del daño sin que haya quedado perfectamente delimitada su responsabilidad, la responsabilidad debería ser solidaria entre todos ellos con el objetivo de asegurar el resarcimiento del reclamante. La responsabilidad solidaria se justifica por las dificultades para individualizar las aportaciones al daño entre un colectivo de responsables, siendo el régimen de responsabilidad previsible para los casos de actuación conjunta, de puesta en común de recursos y de división del trabajo en actividades potencialmente dañosas, como la sanitaria. La responsabilidad solidaria de todos los agentes causantes de un daño por productos defectuosos se establece claramente en el artículo 132 del TRLGDCU:

«*Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados*».

En tercer lugar, el Dictamen nº 110/2017 asume plenamente que la responsabilidad administrativa es objetiva y directa, ajena a toda idea de culpabilidad, tanto por funcionamiento normal, como por funcionamiento anormal del servicio público. Dado que el lote defectuoso del fármaco "Ala octa" que provocó la ceguera de la paciente fue prescrito y administrado por un facultativo del Servicio Aragonés de Salud y que no concurre fuerza mayor, considera evidente que hay un nexo causal entre el daño antijurídico y el funcionamiento del servicio público sanitario. La responsabilidad patrimonial del Servicio Aragonés de Salud deriva de ser titular del servicio público que suministró el medicamento a la reclamante causándole la pérdida de visión.

Por tanto, aplicando las reglas de la responsabilidad civil por productos defectuosos de la ley de consumidores y usuarios (arts. 128 y 132 TRLGDCU), el órgano consultivo aragonés concluye que la responsabilidad de la empresa suministradora (y, en su caso, fabricante o importadora) no impide que quien sufre el daño antijurídico pueda exigir la responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria.

IV. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN O REGRESO CONTRA EL CONTRATISTA.

A pesar de las diferentes vías que tiene el perjudicado para exigir una compensación por los daños causados en la ejecución del contrato, la realidad práctica es que el perjudicado prefiere ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración contratista. Una vez que prospera la reclamación y se reconoce el derecho del perjudicado, la Administración se reserva el ejercicio de la acción de regreso contra el contratista. El Consejo Consultivo de Aragón recuerda que la Admi-

nistración tiene la acción de repetición contra el contratista una vez satisfecha la indemnización, con cita de jurisprudencia (STS 5632/2000, de 8 julio, ECLI:ES:TS:2000:5632, FJ. 4) y de doctrina del Consejo de Estado, entre otros, en sus Dictámenes 999/2005, de 14 de julio y 506/2008, de 30 de abril. Es más: ante la realidad cierta de que la acción de repetición es un instrumento del que la Administración no suele hacer uso, bien por dejadez, bien por otras circunstancias, en su Dictamen nº 110/2017 llega a aconsejar a la Administración a que, llegado el caso, ejerza la acción de regreso frente al contratista por motivos de economía procesal y de justicia material.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 26, julio-diciembre (2016), págs. 165-174

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Pablo López Paz
Letrada del Consejo Consultivo de Galicia

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. DOCTRINA TRADICIONAL DE LOS ÓRGANOS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.
III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.
IV. RÉGIMEN LEGAL ESPECÍFICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

I. INTRODUCCIÓN.

El incremento del recurso al sector privado por parte de las Administraciones públicas a través de la denominada externalización de sus servicios públicos, en sus distintas modalidades y en un contexto de liberalización de servicios imperante en Europa en las últimas décadas, ha traído consigo el correlativo incremento de supuestos en los que el servicio público al que se reprocha la causación de un daño antijurídico es prestado por una entidad mercantil, en cuanto contratista de la Administración.

Desde la perspectiva de la responsabilidad por daño, la respuesta jurídica tradicional por parte del legislador a tal presencia interpuesta en la prestación del servicio ha sido –y sigue siendo– la de diseñar un trámite previo en el que el perjudicado puede dirigirse –potestativamente– al órgano de contratación de la Administración titular del servicio para que esta se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños.

En principio, el agente responsable del daño, podrá identificarse bien con la propia Administración o con el contratista, si hay nexo de causalidad entre el servicio y la lesión, pero puede suceder que tal condición corresponda a un tercero, la propia

víctima del daño o incluso a un evento de fuerza mayor en caso de que el nexo causal no concurra o esté modulado por circunstancias ajenas al funcionamiento del servicio. De ordinario, en este trámite inicial la Administración debe pararse en determinar a cuál de las partes vinculadas por contrato correspondería en principio la responsabilidad, salvo que la ausencia de vínculo causal sea tan evidente que proceda hacerlo constar así de inicio, y sin perjuicio de los recursos jurídicos a disposición del perjudicado.

A partir de aquel pronunciamiento en vía administrativa, es el particular quien habrá de dirigirse contra el agente que considere responsable del daño, conociendo el parecer e información facilitado en el trámite por la Administración, pero sin vinculación a su pronunciamiento.

En el caso de que se considere responsable a la Administración habrá de interponer la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial, salvo que la Administración la tramite de oficio a partir del pronunciamiento del órgano de contratación, algo absolutamente inusual.

Si se considera responsable al contratista, habrá de dirigirse frente a este y, en su caso, pretender la indemnización de los daños a través de la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil.

Tal es la conclusión que por la jurisprudencia se ha derivado, no sin vacilaciones, de la previsión legal que dispone que la reclamación de los daños «*se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto*» (art 214.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Por lo demás, a la tradicional previsión del régimen legal analizado en sede de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, se ha sumado ahora su expresa incorporación al régimen propio de la responsabilidad patrimonial, por disposición de lo previsto en el apartado 9 del artículo 32 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

No obstante los términos literales de los preceptos legales a los que se acaba de hacer referencia, los órganos de la función consultiva se han resistido tradicionalmente a imponer al perjudicado la carga de acudir a la jurisdicción civil frente al contratista, para el caso de que éste no asuma voluntariamente el resarcimiento de los daños.

En el caso de la jurisprudencia, se ha descrito una línea más irregular, aparentemente reunificada en la actualidad hacia el sistema dual de resarcimiento (doble vía administrativa o civil, según los casos) no exenta de pronunciamientos en los que se avala la apreciación de responsabilidad de la Administración por daños imputables al contratista atendiendo a las circunstancias del caso.

En el caso concreto de la Comunidad Autónoma de Galicia la posibilidad de declarar la responsabilidad del contratista en vía administrativa ha sido expresamente

contemplada por el legislador autonómico, y la Ley 1/2015, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración modula, ampliándolo, el alcance de las previsiones legales estatales de referencia.

Al análisis de todos estos extremos dedicaremos las siguientes líneas de esta publicación.

II. DOCTRINA TRADICIONAL DE LOS ÓRGANOS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.

Como va dicho, en la doctrina de los órganos de la función consultiva se observa una línea tuitiva de los derechos del perjudicado en la vía administrativa, que es mayoritaria en los pronunciamientos examinados.

Tradicionalmente el Consejo de Estado ha considerado, así, que en caso de apreciarse responsabilidad por parte del contratista, la Administración debe indemnizar al perjudicado en vía administrativa, incautar la fianza y repetir frente a aquél (Dictamen 276/1994, entre otros), admitiéndose en numerosos supuestos la indemnización a cargo de la Administración con posterior repetición frente al contratista (Dictamen 1.725/2011, de 12 de enero de 2012, entre otros).

El posicionamiento de los órganos de la función consultiva ha descansado en sólidos argumentos jurídicos que se contraponen, siquiera en parte, al tenor de los preceptos legales que establecen el régimen legal de resarcimiento en caso de presencia interpuesta del contratista, a los que ya se ha hecho referencia.

Así, por una parte, se ha invocado la necesidad de evitar el peregrinaje jurídico al que se ve sometido el perjudicado en caso de que la prestación del servicio se realice por un mecanismo de gestión indirecta (argumento esgrimido en el dictamen CCG 289/2017 del Consejo Consultivo de Galicia, entre otros).

Se ha aducido, igualmente, que la garantía de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos establecida en el artículo 106 de la Constitución española se antepone al concreto modelo de gestión de aquellos, de lo que se deriva que el particular no tiene por qué soportar los avatares procedimentales que puedan depender de la concreta técnica de gestión que se haya adoptado respecto del concreto servicio público responsable del daño, ni ver recortados sus derechos formales de indemnidad imponiéndole cargas procedimentales excesivas.

Igualmente se ha razonado que sobre el tercero interpuesto conserva siempre la Administración un poder de dirección, lo que justifica el nacimiento de responsabilidad a su cargo (Dictamen del Consejo de Estado 481/2016, entre otros).

En último término no parece aventurado apreciar que en el posicionamiento garantista de la doctrina analizada también juega su papel la consideración del trámite procedimental en que tiene lugar la intervención de los órganos de consulta, una

vez instruidos los procedimientos, concedida audiencia a los reclamantes y formulada propuesta de resolución, cuando la cuestión se halla en avanzado estado de maduración jurídica, y más aún, con más frecuencia de lo deseable, cuando ha transcurrido largo tiempo desde la producción del daño como consecuencia de la asiduidad con que la Administración demora en exceso la tramitación y resolución de los procedimientos, o estos se prolongan por la pendencia de actuaciones en vía penal.

En tales circunstancias, cuando la antijuridicidad del daño y su relación causal con el funcionamiento del servicio público son manifiestas, el demorar un pronunciamiento favorable a la indemnización del perjudicado puede ser una resolución difícil de justificar desde el punto de vista de la justicia (art 1.1 CE) y la responsabilidad de los poderes públicos (art 9.3 CE).

Existe, por tanto, un reconocimiento mayoritario por parte de los órganos de la función consultiva respecto de la viabilidad de un resarcimiento al perjudicado en vía administrativa aunque los daños producidos por el funcionamiento del servicio no fuesen consecuencia de una orden directa de la Administración, ni de vicio del proyecto elaborado por ella, y por tanto la causalidad del daño esté conectada directamente con la esfera de imputación del contratista.Con todo, a partir de este reconocimiento, surgen dos vías para operar ese resarcimiento.

Una primera sería la de que la Administración asuma directamente la indemnización de los daños, con base en los presupuestos legales ya expuestos y en la consideración de que como titular del servicio público, en última instancia le debe corresponder el mantenimiento de la garantía de indemnidad que protege al perjudicado.

La otra alternativa, en la fórmula que se analiza, es la de que la Administración declare en vía administrativa la responsabilidad del contratista de modo que tal resolución tenga la consideración de título bastante para proceder contra la mercantil responsable de los daños en caso de que ésta no lleve a efecto el contenido del acto administrativo indemnizando al perjudicado.

III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

Un examen de los distintos pronunciamientos judiciales en relación con el sistema y régimen de resarcimiento de daños derivados del funcionamiento de un servicio público gestionado de forma indirecta, ofrece una primera etapa de línea irresoluta en la que, con inclusión de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, no son infrecuentes las sentencias en las que, en la línea de lo sostenido por los órganos de la función consultiva, se aprecia la procedencia de la declaración de responsabilidad del contratista en vía administrativa, caso por ejemplo de las STS de 31 de marzo y 20 de octubre de 1998 u 8 de julio de 2000.

Posteriormente, nos encontramos una segunda etapa en la que el Tribunal Supremo abandona decididamente la interpretación expansiva del régimen legal de aplicación (garantista de los derechos del perjudicado en vía administrativa) para

apegarse a la literalidad de los preceptos y sentar la carga que corresponde al perjudicado de acudir a la vía civil y demandar al contratista para obtener el resarcimiento de los daños para el caso de que éste no le indemnice voluntariamente.

Y esta es la posición de la jurisprudencia en la actualidad, de la que es buena muestra el pronunciamiento realizado por el Tribunal Supremo en sentencia de 25.10.2016. El supuesto parte de una reclamación por cuantiosos daños derivados del desbordamiento de un río, que se reclaman a un organismo de cuenca por razón de la vinculación causal de aquellos con una obra en el seno de una concesión otorgada por el organismo público. El TS censura la inadmisión acordada por la Administración entendiendo que debería haberse pronunciado sobre la responsabilidad del concesionario para que el particular pudiera dirigirse contra él en vía civil. Como los daños no están probados, la sentencia ordena retrotraer actuaciones.

En esa sentencia se sienta que «*cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda*».

Con todo, el pronunciamiento contenido en la STS de 25.10.2016 (y otros anteriores) no cierra radicalmente las puertas a la posibilidad de apreciar en vía administrativa la responsabilidad de la Administración por daños generados por el contratista pues, como se admite en la propia sentencia citada «*Bien es verdad que no han faltado pronunciamientos de esta Sala en los que, ante la falta de declaración de la forma expuesta por la Administración, se declara la responsabilidad de la Administración concedente por el mero hecho de no responder a esa alternativa que, en todo caso, podrá repetir contra el concesionario si el daño surge como consecuencia de un mandato ineludible que le impuso aquélla, debiendo citarse en este sentido la sentencia de 7 de abril de 2001, dictada en el recurso de apelación 3509/1992, con abundante cita de otras; en las que se funda esa imputación directa a la Administración del daño precisamente en la desatención de la petición del lesionado conforme a lo que le impone a los poderes públicos los mencionados preceptos vigentes al momento de los hechos enjuiciados, de contenido similar a los actuales*».

Pero no solo procederá la condena de la Administración en sede judicial para el caso de que desatienda su obligación de pronunciarse en relación con la petición del perjudicado, pues el propio Tribunal Supremo ha establecido (STS de 22.05.2007) que, iniciada la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, no es procedente que la Administración lo archive sobre la consideración de que la responsabilidad correspondería eventualmente al contratista.

De este modo, y de acuerdo con este último pronunciamiento, si la Administración llega a tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, no podrá

desestimar la reclamación sobre la base de la apreciación de que la responsabilidad corresponde al contratista, porque con su comportamiento ha generado en el particular la confianza legítima de que se halla ante un procedimiento en el que se dirimirá la existencia de responsabilidad y se resolverá definitivamente lo que sobre ella proceda, de modo que la Administración no puede vulnerar esa confianza desentendiéndose de una causalidad que, en último término, será apreciable (si concurre) respecto de un servicio público de su titularidad, por más que se preste por una mercantil ajena a sus servicios.

En la práctica, el criterio establecido por el Tribunal Supremo en la última sentencia supone que la excepción se convierte en regla, porque lo habitual es que en presencia de un escrito dirigido por un lesionado en procura de la reparación de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de un servicio público, la Administración le dé curso como una reclamación de responsabilidad patrimonial y tramite el oportuno expediente, de modo que si concurren los presupuestos legales de resarcimiento (daño antijurídico y conexión con el servicio público, aun prestado por un contratista) procederá declarar la responsabilidad en vía administrativa.

Aplicando estos criterios jurisprudenciales, el Consejo Consultivo de Galicia ha considerado (dictamen CCG 169/2017, de 31 de mayo) que una Administración, en concreto un ayuntamiento, no podía declarar directamente la responsabilidad de la concesionaria del servicio de recogida de residuos urbanos por las graves lesiones físicas sufridas por un vecino de la ciudad como consecuencia del impacto de un contenedor de basura desplazado por el viento, más allá de la eventual concurrencia de responsabilidad a cargo del contratista, circunstancia esta última habilitante, en su caso, de una acción de repetición a favor de la entidad local, siendo procedente en cambio la declaración de responsabilidad de la propia Administración porque el ayuntamiento había tramitado en su integridad el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por lo que, si se apreciaba, como era el caso, la existencia de nexo causal entre un daño antijurídico y el funcionamiento del servicio público no era procedente desconocer tales presupuestos legales de la responsabilidad para llegar a un pronunciamiento desestimatorio.

IV. RÉGIMEN LEGAL ESPECÍFICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia la realidad legal es marcadamente distinta a la descrita, pues el artículo 40 de la Ley de Galicia 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos prevé que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El procedimiento se instruirá de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinará si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser el daño producido por causas imputables a la Administración, o si existe responsabilidad patrimonial del contratista.

Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello.

En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las cantidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio perjudicado.

Asimismo, el régimen jurídico del servicio podrá prever el abono de las cantidades determinadas en el procedimiento directamente por parte de la Administración como responsable última del servicio y su posterior exigencia como crédito de derecho público al contratista.

Aplicando tales previsiones de la Ley 1/2015, en el reciente dictamen CCG 296/2016, de 16.5.2017, el Consejo Consultivo de Galicia consideró ajustado a derecho que la Administración autonómica declarase en vía administrativa la responsabilidad de una entidad concesionaria del servicio de conservación de una autovía, una vez apreciada la falta de la debida señalización sobre la alta accidentalidad de un tramo por el tránsito de animales salvajes.

A la hora de apreciar la responsabilidad del contratista en sede administrativa surge la cuestión de si se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa, o por el contrario responde objetivamente, al igual que lo hace la Administración.

En el primer caso, será posible prescindir de todo análisis sobre la existencia de incumplimiento contractual a cargo del contratista, centrándose el *thema decidendi* en la concurrencia o no de vínculo causal con un daño antijurídico, con fundamento en que la obligación del contratista de reparar los daños causados a terceros es de imposición legal (art. 214 TRLCSP) y no contractual, por más que esa obligación surge para el contratista, obviamente, cuando nace el vínculo contractual que lo liga a la Administración titular del servicio.

La variación del régimen de responsabilidad propia del contratista en sus relaciones estrictas de derecho privado con terceros respecto del que le es propio cuando presta un servicio público estaría justificada por su expresa previsión legal en el seno de una relación jurídica especial con la Administración titular del servicio que la mercantil constituye de modo voluntario, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y con conocimiento del régimen legal aplicable por su expresa previsión en las "leyes del contrato".

Esta conclusión, con todo, no es pacífica, y al efecto puede constatarse como el Tribunal Supremo en sentencia de 23.2.1995 entendió que la responsabilidad del contratista es subjetiva o por culpa.

Por otra parte, y sin perjuicio del juicio positivo que merecen las previsiones de la ley gallega desde el punto de vista de la garantía administrativa de los derechos del perjudicado, no pueden pasarse por alto dos observaciones que han de formularse respecto del régimen legal.

Así, por una parte, y aun con seguro asiento sobre el principio de respeto a la autonomía local, lo cierto es que la ley ha dejado fuera de su ámbito de aplicación a las entidades locales, lo que en la práctica ha desmembrado el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma, pues la administración autonómica se regirá por las previsiones de la Ley gallega 1/2015, mientras que a las entidades locales les será de aplicación incondicionada lo previsto en la Ley 40/2015 y en el TRLCSP.

En segundo lugar y al respecto de la intencionada fórmula que se acaba de emplear (aplicación incondicionada de la legislación estatal) hay que indicar que por plausible que resulte el régimen diseñado, no puede éste sustraerse a su integración con el régimen legal estatal, de carácter básico. En esta perspectiva, las previsiones autonómicas no presentan problemas de constitucionalidad desde la óptica del perjudicado, pues su carácter potestativo para el reclamante, dejan para él intacto el régimen legal básico estatal, de modo que la opción que le ofrece la norma autonómica es un complemento que no va en contra de lo básico.

La cuestión se complica, en cambio, si se examina desde la óptica del contratista, pues por la vía del régimen autonómico se estaría operando una eventual modificación de la jurisdicción competente para conocer de las desavenencias que por su parte se puedan plantear en relación con la responsabilidad que se le exija (jurisdicción civil si se considera la legislación estatal, pues tendrá que defenderse ante una demanda civil de daños; y contencioso-administrativa en el caso de la ley autonómica, en el que tendrá que reaccionar ante un acto administrativo). Y ello aunque, bien es cierto, el contratista será conocedor del régimen específico de responsabilidad contenido en el contrato porque la ley prevé que habrá de estar recogido en los pliegos de contratación.

En tales circunstancias, el debate sobre la constitucionalidad de las previsiones autonómicas está servido, siendo en todo caso un extremo que rebasa los límites de la presente publicación.

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Estela Ramón García
Letrada del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

1. La responsabilidad de la Administración o del contratista en el caso de daños causados por éstos fue analizada por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias de modo detenido en el Dictamen 59/2006, sentando una doctrina que ha sido reiterada *in extenso* en varios dictámenes (63/2006 y 156/2007), y mantenida hasta la actualidad (entre otros, Dictámenes Núms. 80/2006, 262/2013, 210/2016).

Así, este Consejo ha venido manifestando ya desde el inicio de su función consultiva que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que acontece que en la producción de un daño con ocasión del funcionamiento del servicio público aparece implicado un concesionario o un contratista el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, establecido en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al que la Administración pueda entender responsable o corresponsable del daño al objeto de resarcirse de la indemnización satisfecha.

Los argumentos sobre los que se apoya esta doctrina ya fueron expuestos en esta misma publicación con ocasión de un análisis de la materia efectuado en el año 2008 (*Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 10, julio-diciembre 2008, págs. 251-253); y hoy siguen siendo plenamente aplicables dado que los cambios normativos que se han producido en los últimos años no han afectado a los aspectos materiales y procedimentales que rigen esta materia. Así, en lo que respecta al régimen sustantivo de la indemnización de los contratistas por los daños y perjuicios causados a terceros, desde la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas –en adelante, LCAP–, el legislador mantiene la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que los mismos se hayan ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o de los vicios del proyecto elaborado por ella

misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación (artículo 98, apartados 1 y 2 de la citada ley). Asimismo, la LCAP transformó la obligación de dirigirse previamente a la Administración en un requerimiento previo a la reclamación, entendido como la facultad concedida a los particulares de dirigirse a la Administración, para que ésta se pronunciase sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños (apartado 3). El contenido de estos preceptos ha sido reproducido en la normativa sobre contratos del sector público que se ha aprobado con posterioridad, de manera que tanto el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 97), como la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 198), y el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 214), mantienen la literalidad de la LCAP.

2. La doctrina de este Consejo ha permanecido invariable desde el año 2006 y se sintetiza en los razonamientos que a continuación expondremos. No obstante, debe tenerse presente que las referencias que se hacen en ellos al artículo 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han de entenderse realizadas a la normativa que fuese aplicable al contrato en cada momento. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la reciente entrada en vigor de las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al no introducir modificaciones en el régimen de responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, no desvirtúa la siguiente argumentación, extraída literalmente de los Dictámenes del Consejo Consultivo.

El artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su apartado 1 que es «*obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato*». Por excepción a dicha regla general, el mismo precepto dispone, en su apartado 2, «*que la Administración únicamente responderá de tales daños y perjuicios –siempre dentro de los límites señalados en las leyes– cuando hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma*».

Una interpretación rigorista y acogida a la literalidad del precepto ofrecería como conclusión que, mediando en la gestión de una actividad administrativa un contratista, la Administración sólo responderá de los daños que éste cause a un tercero en los dos supuestos del apartado segundo de dicho precepto; es decir, daños que sean «*consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración*» o «*como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación*». En los demás casos, la responsabilidad sería del contratista (apartado primero del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), si bien el tercero damnificado tendría la posibilidad legal de requerir a la Administración contratante para que, oído el contratista, se pro-

nunciase sobre cuál de las dos partes contratantes es la responsable (apartado tercero del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sin embargo, esta interpretación no parece constitucionalmente adecuada, porque silencia el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración sentado en el artículo 106.2 de la Constitución.

El Consejo considera que dicho principio permanece inalterable, con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado directamente por la Administración, con medios propios o ajenos, o indirectamente por un contratista, y que la interposición de éste no puede significar una merma de las garantías del tercero. El mencionado artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como regla que rige la ejecución de los contratos administrativos, no excluye la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni limita el ejercicio por los particulares del derecho que les reconoce el artículo 106 de la Constitución Española y el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

De lo hasta aquí dicho se desprenden las siguientes conclusiones. En primer lugar, la Administración no puede desentenderse de lo que hagan las empresas por ella contratadas y, por tanto, no puede inadmitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por el hecho y con el argumento de que el daño alegado es imputable al contratista. En segundo lugar, y por la misma razón, la Administración tampoco puede limitarse a admitir la reclamación para resolver declarando simplemente a quién corresponde la responsabilidad del daño, si al contratista o a la Administración (artículo 97, apartados 1 y 2, respectivamente). La posibilidad establecida en el artículo 97.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de que un tercero pueda requerir a la Administración para que se pronuncie con carácter previo sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, no tiene como finalidad atribuir a la Administración una facultad de autoexclusión de responsabilidad patrimonial caso de que determine que ésta recae en el contratista. Entender así dicho precepto sería reducir el asunto a un problema hermenéutico a resolver por la Administración sobre el sentido y el alcance de las cláusulas del contrato firmado entre las partes con eficacia frente a terceros que no son parte del contrato, con olvido del principio constitucional afirmado en el artículo 106.2 de nuestra norma fundamental. En tercer lugar, entiende este Consejo Consultivo que en aquellos supuestos en que el particular opte por reclamar frente a la Administración responsable del servicio público afectado, ésta habrá de pronunciarse, con los requisitos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, sobre la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, así como –por aplicación de lo establecido en el artículo 89 de la Ley citada– sobre su incidencia en el correcto desenvolvimiento del contrato administrativo en ejecución y sobre el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Queda por solventar una última cuestión. En el supuesto de que la Administración decida esti-

mar una reclamación presentada por daños que atribuya a la acción u omisión del contratista, en los términos del artículo 97.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendemos que es la propia Administración la que debe hacer frente a la indemnización fijada. Con independencia de la posterior acción de regreso que ejerza el órgano de contratación frente al contratista, lo cierto es que el derecho de los particulares que establece el artículo 106.2 de la Constitución, y aun con mayor amplitud el artículo 139.1 de la LRJPAC, no consiste sólo en que 'se declare responsable a la Administración' por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sino en 'ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes' por este tipo de lesión; derecho que no decae ni se debilita por quién sea declarado responsable del daño causado en un supuesto de gestión indirecta del servicio público.

En concreto, el apartado 3 del antes referido artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que los terceros «*podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción*»; concluyendo el apartado 4 del mismo precepto que la reclamación de tales terceros «*se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto*».

En consecuencia, si no se ha ejercido la posibilidad de requerir, con carácter previo a la reclamación, un pronunciamiento sobre a cuál de las dos partes en el contrato le corresponde resolver sobre la responsabilidad y, en su caso, indemnizar; y, por el contrario, como prevé el apartado 4 del citado artículo 97, se opta por formular directamente la reclamación ante la Administración, con fundamento en el artículo 139 de la LRJPAC, la Administración, como titular del servicio público, no puede, por las razones expuestas, desentenderse de su gestión y, con independencia de lo que decida acerca de a quién corresponda la responsabilidad del daño y su indemnización, debe resolver sobre si se cumplen los requisitos para que proceda declarar esa responsabilidad patrimonial y, en su caso, la cuantía de la indemnización".

3. Finalmente, y en cuanto a los aspectos procedimentales de la materia, venimos afirmando que la normativa aplicable en materia de contratos del Sector Público y procedimiento administrativo contempla la responsabilidad del contratista por los daños generados como consecuencia del servicio que gestiona, salvo en aquellos supuestos en que tales daños se hubieran producido en cumplimiento de órdenes de la Administración, de lo que se deduce que la adjudicataria del servicio tiene la condición de parte interesada en el procedimiento. Por lo que resulta exigible que la Administración titular de la obra o servicio dé traslado a la contratista de la reclamación formulada, debiendo otorgársele el oportuno trámite de audiencia con vista del expediente, ya que de existir vínculo contractual entre la mercantil y la Administración su posición en relación con la reclamación formulada no es la misma –según reiterada jurisprudencia– si se le ha conferido puntual traslado de las actuaciones que si

se le ha privado de la oportunidad dialéctica de defensa, ya que en este último supuesto, y sin perjuicio de la acción de repetición, no podrá la Administración invocar en sede judicial la existencia de un contratista interpuesto, deviniendo único sujeto de imputación de la responsabilidad.

Por tanto, cuando el órgano administrativo encargado de la instrucción omite este trámite, este Consejo ha venido adoptando soluciones distintas en función de que se cause o no indefensión a la contratista o concesionaria. En el primer caso, se ordenará la retroacción del procedimiento (Dictámenes Núm. 79/2011, 147/2013, 28/2014) mientras que si la entidad tuvo conocimiento de la reclamación y pudo formular alegaciones, tal omisión se considera una irregularidad no invalidante, entrando el Consejo a conocer el fondo del asunto (Dictámenes Núm. 170/2013, 63/2015).

4. En síntesis, este Consejo mantiene desde sus inicios una interpretación histórico-sistemática de la normativa de contratos en lo que se refiere a la responsabilidad de los contratistas y concesionarios de las diferentes Administraciones públicas por los daños causados a terceros, en consonancia con el artículo 106.2 de nuestra carta magna y, a nuestro juicio, más garantista para los ciudadanos por los motivos ya expuestos, sin perjuicio de la facultad de repetición de la Administración frente a la entidad adjudicataria. El sistema de responsabilidad objetiva, ajeno a la idea de culpa, que consagra dicho precepto constitucional, impide a nuestro juicio que los ciudadanos vean mermadas sus garantías jurídicas en función de la fórmula elegida por la Administración titular del servicio para la gestión del mismo.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración.

Carlos Yáñez Díaz
Letrado-secretario de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

En primer lugar, debe precisarse que el resumen abarcará tanto la doctrina del extinto Consejo Consultivo como la de la Comisión Jurídica Asesora por cuanto esta última, creada por la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y que empezó a funcionar en abril de 2016, ha asumido en gran parte los criterios doctrinales del Consejo Consultivo.

El problema de la responsabilidad de contratistas y concesionarios surgió desde el nacimiento del Consejo Consultivo y en la doctrina de estos dos órganos se observa tanto la deficiente regulación de la materia como las contradicciones en la jurisprudencia.

En un primer momento se optó por atribuir la responsabilidad al contratista salvo que existieran vicios del proyecto o éste cumpliera una orden de la Administración.

Así los dictámenes 227/08, de 17 de diciembre, y 157/09 de 19 de noviembre. En concreto este último destaca la interpretación literal del Tribunal Supremo y la del Consejo de Estado y opta por la primera, que considera más acertada.

Además, estos dictámenes suelen, en los casos que procede, declarar la responsabilidad del contratista y cuantificarla. En el Dictamen 181/09, de 15 de abril, se considera, además, que el perjudicado debe dirigirse necesariamente a la Administración que debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién debe pagarla.

El Dictamen 515/09, de 25 de noviembre, abre una nueva línea interpretativa al considerar (*obiter dicta*), en un contrato de gestión de servicios públicos, que la Administración debería indemnizar sin perjuicio de repetir posteriormente contra el contratista. Poco después, el Dictamen 563/09, de 29 de diciembre, estableció la responsabilidad de la Administración en cuanto titular del servicio al considerar que habría incurrido en culpa *in vigilando*.

Desde ese momento ambos criterios conviven y así los dictámenes 19/10, de 27 de enero y 52/10, de 24 de febrero, declaran y cuantifican la responsabilidad del contratista en tanto que los dictámenes 130/10 de 19 de mayo y 141/10, de 26 de mayo, establecen la responsabilidad de la Administración en cuanto titular del servicio con base en la culpa *in vigilando*.

Este último recoge expresamente la responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid por la actuación de Madrid Calle 30 S.A., sociedad de economía mixta que explota esa infraestructura. La problemática de esta sociedad se recogió también en el Dictamen 302/15, de 3 de junio.

En el Dictamen 168/11, de 13 de abril (daños por caída de un árbol en el marco de unas obras contratadas por un Ayuntamiento) se parte de la responsabilidad del contratista pero se acaba declarando la responsabilidad de la entidad local por sus competencias en materia de arbolado urbano.

En esa época predomina el criterio de declarar la responsabilidad de la Administración entendiendo, bien que la presencia de un contratista no enerva la responsabilidad municipal como consecuencia de su deber de vigilancia –Dictamen 228/11, de 11 de mayo–, bien que la utilización de formas indirectas de gestión no puede suponer la disminución de garantías de los lesionados –Dictamen 260/11, de 25 de mayo–.

Un caso curioso es el del Dictamen 642/11, de 16 de noviembre, en el que el Ayuntamiento proponía que el contratista le pagase a él que luego pagaría, a su vez, al reclamante. El Dictamen considera que tal propuesta carece de base legal.

La responsabilidad como consecuencia de la titularidad del servicio se recogió en el Dictamen 6108/12, de 7 de noviembre, relativo a una caída en un mercado municipal, si bien en este caso hubo un voto particular que se opuso a ese criterio al entender que la posible aplicación de la culpa *in vigilando* en estos casos supondría exigir a la Administración un sistema de inspección que haría inviable económicamente la prestación de los servicios públicos mediante gestión indirecta. Al mismo tiempo se estaría vulnerando el derecho a la autonomía y autoorganización del empresario-contratista consecuencia del principio de riesgo y ventura en la gestión del contrato.

Además, el voto particular rechaza la posibilidad de ejercitar una acción de regreso que sólo concede el artículo 1904 del Código Civil en determinados supuestos y que chocaría con el artículo 1158 de dicho Código al establecer que «*Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago*».

Si el contratista se opusiese a la indemnización no podría posteriormente reclamar la Administración contra él.

La dualidad interpretativa continúa entre los dictámenes que optan por establecer y cuantificar la responsabilidad del contratista (Dictamen 131/13, de 17 de abril, que declara y cuantifica la responsabilidad del contratista derivada del accidente de circulación de un vehículo del servicio de limpieza) y aquéllos que establecen la responsabilidad de la Administración con algunas particularidades como el Dictamen 187/13, de 8 de mayo en el que se menciona la culpa *in eligendo* de la Administración al seleccionar el contratista, el Dictamen 278/13, de 10 de julio en el que se declara la responsabilidad de la Administración al existir un vicio del proyecto, o el Dictamen 383/13 de 18 de septiembre en el que se considera que no hay responsabilidad patrimonial puesto que el parking de un hospital no tiene el carácter de servicio público.

En los dictámenes posteriores predomina la tesis de la responsabilidad de la Administración sin perjuicio de que pueda repetir frente al contratista y con alguna particularidad como considerar los pliegos como el estándar de funcionamiento (Dictamen 151/14, de 9 de abril).

Un supuesto específico de responsabilidad del contratista es el Dictamen 436/12, de 11 de julio, en el que el daño venía determinado por una prótesis defectuosa perteneciente a un lote que fue retirado del mercado por la Agencia Española del Medicamento. En este caso se considera que la actuación del proveedor (que había reconocido su responsabilidad) rompió el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público. Igualmente, el Dictamen 199/13, de 14 de mayo, en relación con un lote defectuoso de una vacuna, considera inexistente la relación de causalidad. En cambio, en el Dictamen 152/17, de 6 de abril, se declaraba la responsabilidad de la Administración por el daño causado por un bisturí eléctrico al considerar que los servicios sanitarios no habían seguido las instrucciones de uso del fabricante.

En el Dictamen 236/16, de 23 de junio, se recoge un supuesto muy peculiar en el que un trabajador empleado de una subcontrata de la empresa concesionaria de una estación depuradora de aguas residuales cae dentro de una alcantarilla sin tapa sin que el accidente tuviera que ver con su trabajo. En este caso se considera que la responsabilidad corresponde al contratista pero no se cuantifica.

En definitiva, se puede comprobar que se han empleado las dos líneas interpretativas de la responsabilidad del contratista. En un primer momento se optó por seguir la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que opta por la responsabilidad del contratista pero, planteándose problemas sobre en qué medida la Administración puede obligar al contratista a abonar una indemnización, se acudió a la vía de declarar la responsabilidad de la Administración con la posibilidad de ésta de repetir frente al contratista, solución mucho más justa y efectiva para con los perjudicados pero que también provoca problemas.

A ello se suma el que la intervención de contratistas se ha convertido en un mecanismo por el cual la Administración intenta eximirse de toda responsabilidad y así es frecuente que los instructores del procedimiento de responsabilidad, al solicitar el informe del servicio causante del daño, pregunten si existe un contratista y si la responsabilidad puede imputarse al mismo

En cambio, en materia sanitaria, la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, permitía que la sanidad pública tramitase el procedimiento y la indemnización aun cuando la asistencia sanitaria se prestase en centros privados objeto de concierto o contrato y así lo han recogido dictámenes como el 166/14, de 23 de abril o, ya de la Comisión Jurídica Asesora, los dictámenes 471/16, de 20 de octubre y 210/17, de 25 de mayo.

Dictámenes

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA

Dictamen 257/2016

En relación a la revisión de oficio a instancia del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona sobre la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015 respecto de la colegiación de un funcionario interino del Grupo A, de 29 de septiembre.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. De lo que se extrae de los datos del expediente y de lo que resulta de la certificación emitida el 27 de abril de 2016 por el secretario del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en la sesión de 15 de diciembre de 2015, la Junta de Gobierno de la Corporación acordó, entre otros, aprobar la incorporación en el Colegio, como colegiado no ejerciente, del Sr. X, funcionario interino del Grupo A, que presta la defensa letrada del Ayuntamiento de Tarragona desde el año 2008.

2. El expediente recibido incorpora la petición y los documentos anexos presentados el 10 de diciembre de 2015 por el interesado, por la cual solicitó al Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona que acordara su incorporación en él, como colegiado no ejerciente, al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, que regula el ejercicio profesional de los funcionarios públicos.

3. Figura igualmente en el expediente una petición anterior, formulada por el mismo interesado, el 26 de septiembre de 2015, de autorización para la defensa de asuntos propios, con título habilitante para el ejercicio de la abogacía, la cual le concedió la vicedecana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, el 1 de octubre de 2015.

4. En la sesión de 3 de mayo de 2016, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona acordó iniciar un procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015, por encontrarse incurso en la causa de nulidad de la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), al tratarse de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por parte del cual se han adquirido unos derechos sin los requisitos esenciales para su adquisición.

5. La revisión de oficio se fundamenta en la vulneración o aplicación errónea de la disposición adicional tercera de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, la cual no exime de la necesidad de disponer del título profesional de abogado a los funcionarios interinos que solicitan colegiarse; en cambio, sí que lo hace respecto de los

funcionarios de carrera. La falta, en el interesado, del título profesional requerido supone la falta de un requisito esencial para poder colegiarse.

6. Por oficio de 9 de mayo de 2016, el acuerdo anterior se comunicó al interesado, a quien se otorgó igualmente el trámite de vista y de audiencia del expediente, del cual hizo uso, según se hizo constar en el documento de comparecencia emitido el 23 de mayo de 2016 por la Corporación, donde se refería que el interesado había comparecido en las dependencias del Colegio y se le había dado vista del expediente.

7. El 1 de junio de 2016, el interesado presentó un escrito de alegaciones, donde afirmaba, en esencia, que el mismo Colegio, en una autorización anterior, hizo la declaración expresa de que el interesado disponía del título habilitante para el ejercicio de la abogacía; que la Ley 34/2006 no distingue entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, y que, en cualquier caso, su supuesto no sería de nulidad radical sino de simple anulabilidad, dado que se podía considerar como funcionario interino de larga duración.

8. El 28 de junio de 2016, la Junta de Gobierno acordó desestimar las alegaciones formuladas y propuso que se declarara la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015, dado que el título de capacitación para el ejercicio de la profesión de abogado –que el interesado no tiene– es un requisito esencial para la colegiación. Asimismo, acordó remitir el expediente a la Comisión Jurídica Asesora, para la emisión del dictamen preceptivo, y suspendió el procedimiento de revisión.

9. El 8 de julio de 2016 tuvo entrada en el Departamento de Justicia el expediente completo tramitado y la petición del secretario del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona de enviarlo a la Comisión Jurídica Asesora a fin de que emitiera el dictamen preceptivo.

10. El 20 de julio de 2016, el director general de Derecho y de Entidades Jurídicas emitió un informe propuesta mediante el cual admitía la petición del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona de enviar la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora, sobre la revisión de oficio instada, del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015 relativo a la colegiación del interesado.

11. El 27 de julio de 2016 tuvo entrada en este órgano consultivo la petición de dictamen, formulada por el consejero de Justicia, y en la sesión de 28 de julio de 2016 el Pleno de la Comisión admitió a trámite la petición referida y nombró el ponente correspondiente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Intervención de la Comisión Jurídica Asesora.

El consejero de Justicia ha enviado la solicitud del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, a fin de que esta Comisión Jurídica Asesora emita dictamen en el procedimiento de revisión por nulidad absoluta del Acuerdo de la Junta de Gobierno de esta corporación, de 15 de diciembre de 2015, mediante el cual se aprobó la incorporación como colegiado no ejerciente del interesado.

La intervención de la Comisión en este expediente está prevista por el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC), por el artículo 72 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, teniendo en cuenta la naturaleza y el régimen de los colegios profesionales que se aludirán más adelante.

El dictamen de esta Comisión es preceptivo y vinculante en sentido obstativo.

II. Objeto y causa de la revisión.

La revisión de oficio instruida por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona tiene por objeto el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 15 de diciembre de 2015, por el cual se aprobó la incorporación del interesado al Colegio como colegiado no ejerciente, funcionario interino del grupo A, que presta la defensa letrada del Ayuntamiento de Tarragona desde el año 2008.

La nulidad de pleno derecho se fundamenta en la causa del artículo 62.1, letra f), de la LRJPAC, que prevé que son nulos los actos contrarios al ordenamiento, en virtud de los cuales se hayan adquirido derechos sin los requisitos esenciales para obtenerlos. En este caso se indica que el interesado no tiene el título profesional de abogado que regula la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, sin que le sea de aplicación la excepción prevista por la disposición adicional tercera de la Ley sobre el ejercicio profesional de los funcionarios públicos, vista su condición de funcionario interino.

III. Procedimiento.

El artículo 71.1 de la Ley 26/2010 prevé que la competencia para incoar procedimientos de revisión de actos nulos corresponde al mismo órgano que los dictó. En el supuesto considerado, el acuerdo que se pretende revisar lo adoptó la Junta de Gobierno del Colegio, y este mismo órgano ha incoado el expediente sobre el cual se informa, de manera que se ha cumplido esta prescripción legal.

En cuanto a la tramitación, consta que se han seguido los trámites previstos legalmente, ya que figura la incoación del procedimiento, con fundamentación jurídica; la incorporación de la documentación pertinente; la realización del trámite de audiencia al interesado, quien formuló alegaciones, y la propuesta de resolución, que valora las alegaciones presentadas.

En relación con una eventual caducidad del procedimiento, se observa que, si se tiene en cuenta que el expediente se inició el 3 de mayo de 2016, y se suspendió por Acuerdo de 28 de junio de 2016, cuando tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen –el 27 de julio de 2016– el procedimiento no había caducado, al no haber transcurrido el plazo previsto legalmente.

IV. Contexto de la revisión.

El interesado solicitó la incorporación como colegiado al Ilustre Colegio de Abogados de Tarragona y la Junta de Gobierno de este le denegó la colegiación. Recurrida esta decisión corporativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el Juzgado n.º 1 de Tarragona, por Sentencia de 14 de septiembre de 2015,

estimó ajustada a derecho la denegación de la solicitud como colegiado no ejerciente. El interesado presentó un recurso de apelación, y, a dichos efectos, el 26 de septiembre de 2015, solicitó al Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona una habilitación para la defensa de asuntos propios, que le concedieron el 1 de septiembre de 2015. Posteriormente desistió del recurso de apelación, de manera que la Sentencia de primera instancia ganó definitiva firmeza.

El 15 de diciembre de 2015, el Colegio barcelonés aprobó la incorporación del solicitante. En el expediente se afirma que en el momento de adoptar este acuerdo por parte de la Junta de Gobierno se desconocía el pronunciamiento judicial mencionado anteriormente.

V. Regulación legal.

La Ley 34/2006, de 30 de octubre, regula el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales. El artículo 1 establece como requisito para la colegiación la posesión del título de abogado o de procurador. No obstante, la disposición adicional tercera, apartado segundo, dispone que «*Los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico [...]*».

De esta disposición interesa resaltar dos aspectos: se pone énfasis en el momento del acceso y se hace referencia a la pertenencia a cuerpos o escalas del grupo A.

El primer aspecto se relaciona precisamente con los sistemas de acceso. El artículo 61.6 del Estatuto básico del empleado público exige, para el acceso al puesto de funcionario de carrera, una prueba de aptitud, lo cual comporta que para el acceso a un cargo de funcionario de carrera con la condición de licenciado en derecho, y en el grupo A, se tengan que superar pruebas técnico-jurídicas de cierta dificultad. La Sentencia del Juzgado precisa que *«habitualmente de un nivel de dificultad muy superior al que se predica del examen de acceso a la abogacía [...]*». En cambio, en el caso de funcionarios interinos, el nombramiento se puede haber producido por un mero concurso de méritos, o, en supuestos de urgencia, de manera directa.

Por otra parte, del artículo 76 del Estatuto básico se desprende que solo los funcionarios de carrera pertenecen a un cuerpo o escala, lo cual comporta participar en concursos de traslado o disfrutar de promoción profesional. En cambio, los funcionarios interinos están sujetos a una plaza concreta y no pueden participar en concursos de traslado.

Esta lectura de los elementos nucleares de la disposición adicional tercera mencionada pone de manifiesto, además, teniendo en cuenta el carácter de excepción en la regulación general de los requisitos para acceder a las profesiones jurídicas, que solo se puede referir a los funcionarios de carrera que reúnan las condiciones que establece, y no comprende a los funcionarios interinos, a los cuales se aplican las condiciones generales previstas en la Ley 34/2006, y en concreto la necesidad de disponer del título profesional de abogado.

Por otra parte, esta diferenciación en el

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 25, enero-junio (2016), págs. 195-202

trato entre funcionarios de carrera e interinos no se puede considerar discriminatoria y contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ya que precisamente esta diferencia halla su justificación en la existencia de una forma de acceso diferente al puesto público, que es, como se ha visto, el elemento relevante; diferenciación que, respecto de otras vertientes, el Tribunal Constitucional encontró compatible con el precepto constitucional mencionado que «*el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera*» (STC 203/2000, que recoge la sentencia contenciosa).

VI. Los colegios profesionales como Administraciones públicas.

Antes de aplicar las reglas sobre nulidades de los actos administrativos para verificar la posibilidad de revisión de un acuerdo de órganos de gobierno de un colegio profesional, es pertinente recordar la consideración de los colegios profesionales como poderes públicos y como Administraciones públicas. Al respecto no existen discrepancias, y tanto el legislador como los tribunales lo han afirmado, de manera reiterada.

La Ley 7/2006, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales lo pone de relieve de manera clara. El artículo 35 dispone que «*Los colegios profesionales son corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica propia y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus finalidades, que se configuran como instancias de gestión de los intereses públicos vinculados al ejercicio de una profesión determinada y como vehículo de participación de los colegiados en la administración de estos intereses, sin perjuicio de que puedan ejercer actividades y prestar servicios a los colegiados en régimen de derecho privado*». Más contundentemente, en el artículo 66, también de la Ley 7/2006, al establecer el régimen jurídico, se determina que «*1. Los colegios profesionales y los consejos de colegios profesionales, en su condición de corporaciones de derecho público y en el ámbito de sus funciones públicas, actúan de acuerdo con el derecho administrativo y ejercen las potestades inherentes a la Administración pública. 2. En el ejercicio de sus funciones públicas, los colegios profesionales y los consejos de colegios profesionales deben aplicar en sus relaciones con las personas colegiadas y los ciudadanos los derechos y garantías procedimentales establecidos por la legislación de régimen jurídico y procedimiento administrativo*».

Incluso la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha vinculado también a «*Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*». De ese modo ha incluido en su ámbito de aplicación dichas entidades, en aquella parte de su actividad que conforma el ejercicio de funciones públicas. En los mismos términos sucede en el artículo 3.1.b) de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En el mismo sentido es coincidente la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tri-

bunal Supremo de 27 de mayo de 2002 señalaba que en tanto que se configuran normativamente como corporaciones de derecho público, representativas de intereses profesionales, resulta justificado que en lo que se refiere a su constitución y a la realización de funciones públicas tienen la consideración de Administraciones públicas; o la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, que indicaba que las corporaciones, en aquella parte de su actividad que constituya ejercicio de funciones públicas, están vinculadas a las determinaciones del derecho administrativo.

Finalmente, también podemos recordar que esta Comisión Jurídica Asesora ha informado en numerosas ocasiones (entre otros, dictámenes 437/2009, 394/2013 y 284/2015) sobre revisiones de oficio de actos procedentes de corporaciones de derecho público.

VII. Aplicación de la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

El interesado no era funcionario de carrera del grupo A, sino que, si bien era licenciado en derecho y ejercía funciones de defensa letrada, al no haber superado pruebas de acceso a un cuerpo o escala tenía la condición de funcionario interino.

Acotado más arriba el alcance de la disposición adicional tercera, está claro que el Acuerdo de la Junta de Gobierno que es objeto de revisión ha infringido el ordenamiento jurídico. Ahora bien, en nuestro sistema jurídico existen dos niveles de nulidad. La regla general es la anulabilidad, y solo en supuestos tasados y expresamente previstos la nulidad es radical, absoluta y de pleno derecho. Cuando es así, las Administraciones, incluidas las corporativas, pueden revisar de oficio sus decisiones y declararlas nulas, sin intervención previa de los tribunales.

Por lo tanto, es necesario verificar si la infracción del ordenamiento en que incurrió el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona se puede incluir en las causas de nulidad absoluta, y en concreto en la prevista por la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, según la cual son nulos de pleno derecho los actos contrarios al ordenamiento que implican la consecución de derechos sin tener los requisitos esenciales para disfrutarlos.

Claro está que el Acuerdo de la Junta de Gobierno que es objeto de revisión es contrario al ordenamiento, como también lo es que otorgaba al destinatario una posición jurídica favorable –la de colegiado– a pesar de no reunir los requisitos esenciales para alcanzarla. Hay que estudiar este último punto y, si no se diera esta circunstancia, no sería de aplicación la causa de nulidad prevista en la letra f) mencionada y el acuerdo sería solo anulable.

La misma Ley 34/2006 es muy clara al respecto, y en particular sobre el carácter de exigencia calificada que se otorga al título profesional. El artículo 1, apartado cuarto, dispone expresamente que la obtención del título es un requisito imprescindible para la colegiación.

La adjetivación de "imprescindible" pone de manifiesto la esencialidad del requisito. El mismo artículo, en el segundo apartado, ya prescribe que la obtención del título es necesaria para la asistencia en procesos judiciales y extrajudiciales y –añade– «*en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesora-*

miento en Derecho utilizando la denominación de abogado», previsión que da una gran amplitud al requerimiento del título profesional. En definitiva, como explicita el primer párrafo del epígrafe IV de la Exposición de motivos de la Ley, el título profesional es el presupuesto del ejercicio profesional.

Estas determinaciones legales ponen de manifiesto la esencialidad del requisito consistente en la posesión del título profesional de abogado para el ejercicio profesional, y en concreto para la incorporación a la corporación profesional.

La Normativa de la abogacía catalana, formulada por el Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña, declarada adecuada al ordenamiento por la Resolución del consejero de Justicia de 24 de marzo de 2009, establece en el artículo 10 los requisitos para la colegiación. En la letra b) del apartado primero se dispone que se debe estar en posesión del título profesional habilitante para el ejercicio de la abogacía. Este requisito, de acuerdo con el apartado segundo del mismo artículo, se aplica tanto para los ejercientes como para los no ejercientes; previsión que pone de relieve su importancia. Por otra parte, el artículo 9, relativo a la obligatoriedad de la colegiación, prescribe que «*Para acceder al ejercicio de la abogacía, es requisito indispensable estar en posesión del título profesional de abogado*», indispensabilidad que pone nuevamente de manifiesto la significación clave de este requisito.

El Colegio de Abogados elaboró una modificación global de sus Estatutos para adecuarlos a la nueva legislación. Una Resolución del Consejero de Justicia de 10 de abril de 2015 inscribió en el Registro los Estatutos y los declaró adecuados a la legalidad modificada. El artículo 15, sobre requisitos de incorporación al Colegio, dispone en la letra b) del primer apartado estar en posesión del título que habilita para el ejercicio de la profesión de abogado; exigencia que se extiende tanto a los ejercientes como a los no ejercientes.

Como se indicó en el Dictamen 284/2015, visto el carácter tasado de los títulos que se deben poseer a efectos de la colegiación, el hecho de no estar en posesión del título requerido, condicionante de aquella colegiación, es una vía de entidad suficiente para producir una "colisión cualificada" con la estructura definitoria del acto de colegiación, ya que cada corporación colegial permite colegiar a sus miembros en función del título exigido legalmente, que juega un papel esencial en la operación de integrar al solicitante en la entidad corporativa.

En el presente caso, al no tener el interesado el título profesional de abogado, ni serle de aplicación la disposición adicional tercera, le falta un requisito esencial para la colegiación y, en consecuencia, el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona está incurso en el vicio de nulidad absoluta previsto por la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

VIII. La habilitación otorgada por el Colegio el 1 de octubre de 2015.

En las alegaciones, el interesado indica que la revisión del acuerdo que le otorgaba la colegiación violaría el principio de confianza legítima, ya que el mismo Colegio le había otorgado una autorización para ejercer y ahora cambiaba de criterio.

Debe aclararse que la habilitación otorgada a petición del interesado no tiene nada que ver con la colegiación. En efecto, tanto la Normativa de la Abogacía Catalana, como los Estatutos del Colegio, prevén, al margen de la colegiación, el supuesto singular de los licenciados en derecho –sin título profesional de abogado– que actúan en defensa de asuntos propios. El artículo 14 de la Normativa y el artículo 21 de los Estatutos regulan estas autorizaciones que se otorgan caso por caso y para las cuales solo se exige la licenciatura o grado de derecho y el carácter propio de la actuación que se pretende.

El interesado la solicitó precisamente para presentar y articular el Recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Tarragona, que desestimó el Recurso contra la denegación de colegiación adoptada por la Junta de Gobierno del Colegio de Tarragona.

La peculiaridad de estas autorizaciones y los requisitos exigidos para obtenerlas no tienen nada que ver con la colegiación, de modo que no es admisible argumentar que, para la obtención de una autorización singular para defender asuntos propios, se ha producido un cambio de criterio sobre requisitos de colegiación, que comportarían una infracción del principio de confianza legítima.

IX. Retorno de las cantidades abonadas para la colegiación.

En las alegaciones presentadas, el interesado formula, de manera subsidiaria, la petición de resarcimiento y de retorno de las cantidades abonadas a raíz de la colegiación, petición que la propuesta de revisión acepta, y que hay que valorar favorablemente, en vista de los principios mencionados en el artículo 106 de la LRJPAC.

CONCLUSIÓN

Se informa favorablemente sobre la revisión de oficio a instancia del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona sobre la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 15 de diciembre de 2015 respecto de la colegiación del Sr. X.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 358/2017

Consulta facultativa sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 7 de junio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

[…]

Visto el objeto de la consulta, examinamos en primer lugar su carácter y las razones que avalan la justificación de la exigencia de trascendencia y repercusión, para después acotar el alcance del dictamen.

1. Carácter facultativo de la consulta y motivación.

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 17 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, hay que señalar, en primer lugar, que la cuestión objeto de consulta no figura entre las que requieren dictamen preceptivo, dado que se refiere a una proposición de ley y no a un anteproyecto de ley.

Precisamente por ello la solicitud de dictamen se formula apelando a lo previsto en el artículo 18 de la Ley 4/2005, en el que se establece que «*podrá recabarse el dictamen del Consejo Consultivo en aquellos asuntos no incluidos en el artículo anterior, que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran*». A su vez, el dictamen del Consejo Consultivo será recabado por el Presidente de la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros (art. 22, párrafo primero).

La solicitud de dictamen está precedida de un escrito del Grupo Parlamentario Socialista dirigido al Presidente y a la Mesa del Parlamento de Andalucía para que se requiera al Consejo de Gobierno, a fin de que éste solicite el pronunciamiento de este Consejo Consultivo "sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley, con nº de expediente 10-16/PPL-000009". En este sentido, ante las dudas de inconstitucionalidad planteadas sobre la reforma legal que se pretende llevar a cabo, la solicitud del Grupo Parlamentario Socialista considera justificada la consulta, al estimar que resulta indispensable «*conocer el alcance real que supondría aprobar una norma ordinaria sin la habilitación estatutaria necesaria para ello que limite mandatos*».

En efecto, hemos de subrayar que, a diferencia de lo que establece la normativa reguladora de otros órganos consultivos, la Ley 4/2005 no contempla que este Órgano se pronuncie sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de las proposiciones de ley sometidas a la aprobación del Parlamento de Andalucía [contrástese con lo que dispone el artículo 16.1.b) de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias]. Tampoco prevé la Ley que los grupos parlamentarios puedan solicitar dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía [mientras que la citada Ley 2/2009 sí los considera "parte legitimada", como se desprende de su art. 18.1, en relación con el art. 17.1)], ni contempla la solicitud de dictamen por parte del Presidente del Parlamento en el caso de proposiciones de Ley tomadas en consideración, a diferencia de lo que establece la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias [arts. 11.1.c) y 12.1].

Sería prolijo analizar el porqué de estas diferencias en la regulación de las competencias de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y en la legitimación para formular solicitudes de dictamen; diferencias que se aprecian también en el modelo organizativo y en la designación de los miembros de los Consejos antes citados, en los que interviene el Parlamento de la respectiva Comunidad Autónoma.

No obstante, cabe apuntar que el diferente modelo en la designación de miembros de estos órganos no conduce en todo caso a las peculiaridades antes vistas sobre el ámbito material de la función dictaminadora y la legitimación para solicitar el dictamen. La Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, es un ejemplo de lo que se acaba de señalar (art. 4, en cuanto a los dictámenes preceptivos), sin perjuicio de que atribuya a la Presidencia de las Cortes de Castilla y León la facultad de recabar dictamen en aquellos asuntos o expedientes que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran (consultas facultativas), y entre ellas, "especialmente", las proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía.

Precisado lo anterior, hay que reiterar que, en este caso, la solicitud formal la realiza un órgano expresamente legitimado para ello por la Ley 4/2005, aunque haya sido promovida por el Grupo Parlamentario Socialista, instando al Gobierno, a través del Parlamento, a requerir el dictamen. A este respecto consta que, en la sesión de la Comisión de Presidencia y Administración Local del Parlamento de Andalucía celebrada el 24 de abril de 2017, diversos expertos en Derecho Constitucional que expusieron su parecer sobre la viabilidad de la iniciativa, fueron consultados también sobre las conveniencia de solicitar dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía, dado que otros Consejos Consultivos han emitido dictamen sobre disposiciones similares referidas a la limitación de mandatos y lo han hecho en sentido no siempre coincidente, cuestionando en algunos casos la legitimidad constitucional de una iniciativa legislativa de estas características. En este punto, dichos expertos expresan, en general, la conveniencia de solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, sin perjuicio del informe de los Servicios Jurídicos del propio Parlamento. Uno de dichos

expertos llega a precisar, no obstante, que al no estar prevista la consulta por parte del Parlamento, el dictamen tendría que ser solicitado por el Consejo de Gobierno (DSPA num. 344, X Legislatura, 24 de abril de 2017).

En este caso, no cabe duda de que la solicitud de dictamen se formula por órgano competente, que actúa en el ejercicio de una facultad que podría haber ejercitado sin mediar la petición a la que nos referimos, dado que el dictamen atañe a la posible inconstitucionalidad de la limitación de mandatos del Presidente de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno.

Como se ha dicho, las dudas sobre la viabilidad de la proposición de ley, expresadas en el informe emitido por los Servicios Jurídicos del Parlamento y en las comparecencias de expertos en Derecho Constitucional ante la Comisión de Presidencia y Administración Local del Parlamento de Andalucía, el pasado 24 de abril, motivan el planteamiento de esta consulta facultativa.

La solicitud de dictamen parte de la posición institucional del Consejo Consultivo de Andalucía como superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 129 del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

La nueva configuración de este Consejo Consultivo como institución de autogobierno reconocida como tal en el citado Estatuto, y su misión de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico (art. 1 de la Ley 4/2005), actuando con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia (art. 2 de la citada Ley), puede justificar este tipo de consultas que, por sus propias características, están sujetas a los requisitos estrictos previstos en la Ley 4/2005.

En este orden de ideas, como en su día expresó este Consejo Consultivo en relación con la consulta facultativa formulada por el Excmo. Sr. Consejero de la Presidencia, dando cumplimiento a lo acordado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía ejercitada por el Parlamento de Andalucía (dictamen 72/2006), tampoco en este caso admite la menor duda el cumplimiento del presupuesto de hecho del que parte el artículo 18 de la Ley 4/2005, esto es, la especial trascendencia o repercusión de la consulta.

En efecto, la posible inconstitucionalidad se refiere a la regulación de la limitación de mandatos que se pretende aprobar mediante la modificación de la Ley 6/2006, y no es dudoso que atañe a aspectos nucleares del sistema parlamentario configurado en el Estatuto de Autonomía de conformidad con la Constitución Española. Esta constatación, subrayada por los expertos en Derecho Constitucional durante la comparecencia ya citada, releva de mayor argumentación sobre lo que resulta notorio (*res ipsa loquitur*).

Basta con señalar que la limitación del mandato de los presidentes y miembros del ejecutivo figura en los programas electorales de algunos partidos políticos, y según sondeos de opinión

recientemente publicados es percibida por los ciudadanos como una medida positiva de regeneración democrática; medida que ha sido acogida en determinados pactos de legislatura en orden a su desarrollo, y se ha plasmado normativamente o está en vías de serlo en determinadas Comunidades Autónomas, lo que ha motivado la emisión de diversos dictámenes de Consejos Consultivos, no siempre con pareceres coincidentes, como ya se ha dicho. En esta tesitura, se considera suficientemente justificada la consulta facultativa.

2. Sobre el limitado alcance del dictamen.

En relación con lo que se acaba de exponer, hay que hacer notar que el dictamen de este Consejo Consultivo ha de ceñirse a la cuestión objeto de consulta, esto es, al análisis de la posible inconstitucionalidad de las modificaciones que se postula en la Proposición de Ley, sin entrar en el examen de aspectos de oportunidad y conveniencia que sólo pueden abordarse cuando el órgano consultante lo haya solicitado expresamente (art. 3 de la Ley 4/2005).

Así ha de ser, considerando que la consulta facultativa se constriñe a las dudas de constitucionalidad, que, efectivamente, han sido puestas de manifiesto por algunos profesores de Derecho Constitucional en la comparecencia ya citada en este dictamen, mientras que otros consideran que la limitación de mandatos puede articularse mediante la modificación de la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin necesidad de reformar la Constitución ni el Estatuto de Autonomía. En consecuencia con la naturaleza de este tipo de consultas, tampoco se analizarán los problemas de técnica normativa que podrían plantearse por la falta de concreción de la Proposición de Ley, al girar la inelegibilidad sobre una referencia temporal (dos legislaturas) que puede presentar problemas interpretativos, frente a las fórmulas más precisas empleadas en otras Comunidades Autónomas, que acotan la prohibición mediante un inciso que se refiere a la permanencia en el cargo durante ocho años. Esta problemática ha sido puesta de manifiesto en el informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento, así como en la opinión expresada por determinados profesores de Derecho Constitucional, dando cuenta de las distintas soluciones arbitradas para superar este problema.

II

Con el fin de situar debidamente la cuestión sometida a dictamen, seguidamente realizamos diversas consideraciones sobre el distinto significado que posee la limitación de mandatos según el sistema político en el que opere. Con esa finalidad nos referimos al origen de la limitación de mandatos en los sistemas presidencialistas y a su plasmación constitucional.

Antes de ello conviene hacer notar, como lo hace el informe de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa sobre democracia, limitación de los mandatos e incompatibilidad de funciones políticas [adoptado en su 93ª sesión plenaria, celebrada los días 14 y 15 de diciembre de 2012, CDL-AD (2012)

027 rev; apdo. «*IV. Limitation of the mandate: from history to contemporary norm and practice*»] que la limitación de mandatos no es una nueva institución democrática, sino una vieja cuestión que se remonta a la democracia ateniense, en la que se estableció la rotación de cargos como instrumento para facilitar la representación de los ciudadanos y prevenir el uso indebido del poder al servicio de intereses privados.

También en la República Romana se contempló la rotación en las magistraturas y se estableció la *iteratio* que prohibía el ejercicio continuado del cargo durante mandatos consecutivos sin mediar un tiempo mínimo de interrupción.

1. Percepción de la limitación de mandatos como principio consustancial al Presidencialismo.

Sin perder de vista el breve apunte histórico que después realizaremos, cabe afirmar que la limitación de mandatos tiene origen en los sistemas presidencialistas, en los que cobra pleno sentido por los rasgos característicos de esta forma de gobierno. En efecto, haciendo abstracción de las variantes y peculiaridades que resultarían de un examen comparativo de los sistemas presidencialistas, y asumiendo los inconvenientes que presenta una visión simplificada y alejada de la riqueza de matices que proporcionaría dicho estudio (que, por razones obvias, desbordaría el cometido de este dictamen), conviene realizar una síntesis sobre las notas características o rasgos comunes que, en general, se predican de dichos sistemas, por contraposición a los sistemas parlamentarios.

Así, cabe señalar que los sistemas presidencialistas se caracterizan por el papel central que se atribuye a la institución presidencial, de la que toman su nombre. El presidente no es investido por el Parlamento, sino elegido directamente por el pueblo. La legitimidad democrática del presidente deviene directamente del electorado, de modo que accede al cargo sin requerir la confianza del Parlamento, que no interviene en la formación del gobierno.

En consecuencia con lo anterior, en dichos sistemas el Parlamento no puede exigir responsabilidad política al presidente; no operan en ellos instituciones típicas de los sistemas parlamentarios racionalizados como la cuestión de confianza o la moción de censura constructiva. El rechazo de la primera o la aprobación de la segunda constatan la pérdida de confianza en el Gobierno y tienen como consecuencia la dimisión de éste, materializándose así la exigencia de responsabilidad política.

Ambas instituciones son elementos nucleares del parlamentarismo racionalizado, en el que las relaciones Parlamento-Gobierno y la permanencia de éste en el poder se basan en el mantenimiento de una relación de confianza, que comienza con la elección parlamentaria del Presidente del Gobierno y continúa con la instauración de iniciativas y controles, y, en su caso, con la puesta en marcha de los mecanismos de responsabilidad política, que permiten la retirada de dicha confianza y la remoción del Gobierno. Tales instituciones no son parangonables, ni en la sustancia ni en el procedimiento, con la posibilidad de destitución del presidente en los sistemas presidencialistas, excepcional y muy

limitada en cuanto a sus presupuestos de hecho (proceso de destitución conocido como *impeachment* en los países anglosajones).

La propia concepción de la división de poderes presenta marcadas diferencias entre los sistemas presidencialistas y los sistemas parlamentarios. En los primeros, la separación de poderes opera de manera rígida y nítida –aunque no se trate de una separación estanca– mediante un sistema de controles y contrapesos (*checks and balances*), mientras que en los sistemas parlamentarios se observa una separación atenuada entre el poder legislativo y el ejecutivo, primando la colaboración y cooperación entre ambos. Lo habitual en los sistemas presidencialistas es que el presidente desempeñe la Jefatura del Estado y la del Gobierno, de manera que concentra un poder no equiparable al de los presidentes en las democracias parlamentarias; de ahí que la limitación de mandatos se conciba como un instrumento al servicio de la protección de las libertades y los derechos de los ciudadanos, en el entendimiento de que la permanencia en el poder de los presidentes electos, sin limitación de mandatos, podría propiciar situaciones anómalas de abuso de poder y menoscabo de las libertades civiles, bajo la cobertura de una democracia puramente formal.

2. Plasmación constitucional de la limitación de mandatos.

En este apartado realizamos una breve reseña sobre la limitación de mandatos en la praxis política contemporánea, subrayando que su regulación se produce en los textos constitucionales, fundamentalmente en las Constituciones americanas que configuran sistemas de corte presidencialista, mientras que se trata de una institución prácticamente inédita en los sistemas parlamentarios europeos.

Consideración aparte merece la limitación de mandatos en Francia, que opera en un régimen semipresidencial, cuyo modelo es visible en diferentes países africanos del área francófona. La Constitución francesa de 1958, al regular el cargo de Presidente de la República dispone que «*Nadie podrá ejercer más de dos mandatos consecutivos*».

En similar sentido, pueden citarse otros casos, como la limitación que se establece al regular la "relegibilidad" del Presidente en la Constitución de la República Portuguesa de 1976. En concreto su artículo 126, apartado 1, dispone que «*no se admitirá la reelección para un tercer mandato consecutivo ni durante el quinquenio inmediatamente siguiente al final del segundo mandato consecutivo*».

Del mismo modo, la limitación de mandatos se contempla en el sistema político finlandés, a mitad de camino entre el parlamentarismo y el presidencialismo. Hasta la ley constitucional de 22 de julio de 1991 (núm. 1074/1991) no se imponía límite a la reelección presidencial, la modificación que entonces se introdujo se recoge en la vigente Constitución de Finlandia (año 2000), en la que se dispone que el Presidente de la República es elegido «*por un mandato de seis años*», sin perjuicio de que la misma persona «*pueda ser elegida Presidente consecutivamente por un*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm.26, julio-diciembre (2016), págs. 203-262

máximo de dos mandatos» (art. 54).
Una regla similar rige en el sistema semipresidencial de Ucrania, en el que el Presidente, elegido directamente por los ciudadanos para un mandato de cinco años, no puede desempeñar el cargo durante más de dos mandatos consecutivos (art. 103 de la Constitución de 1996).

Enlazando con lo que acabamos de señalar, reiteramos lo que han expuesto la práctica totalidad de los expertos que han comparecido en la Comisión de Presidencia y Administración Local del Parlamento de Andalucía, esto es, el entendimiento de la limitación de mandatos como una institución propia de los sistemas de gobierno presidencialistas (o semipresidencialistas), que impide la reelección indefinida del Presidente de la República con el fin de conjurar el peligro de manifestaciones abusivas del poder, con el daño para los derechos de los ciudadanos y el funcionamiento democrático de las instituciones.

Es notorio que tales peligros son más intensos en países con menor tradición democrática por la acumulación de prerrogativas presidenciales y su ejercicio prolongado en el tiempo. Así lo demuestra el análisis histórico y el énfasis que se pone en algunas Constituciones al regular la limitación de mandatos presidenciales, como se verá seguidamente; énfasis que se explica porque en dichos países los ciudadanos han padecido etapas políticas convulsas; períodos políticos caracterizados por formas de gobierno autoritarias bajo vestiduras democráticas que, a la postre, explican que la limitación de mandatos sea vista como una cuestión de vital importancia que debe asegurarse en las respectivas Constituciones y no en la legislación ordinaria.

En cuanto al origen de la limitación de mandatos, politólogos y juristas recurren con frecuencia a la historia constitucional de los Estados Unidos de América, aunque dicha institución se plasma antes en el sistema constitucional de Ecuador y México, tal y como se verá después. En este sentido, cabe apuntar que, aunque la Constitución de 1787 no limitaba los mandatos presidenciales, George Washington sentó una práctica constitucional al renunciar a presentarse como candidato para un tercer mandato; una regla no escrita que fue observada por los presidentes de los EEUU desde 1797.

Sin embargo, el Presidente Franklin D. Roosevelt –en un período marcado por la Gran Depresión y el comienzo de la Segunda Guerra Mundial– desempeñó el cargo de Presidente entre 1933 y 1945 (fue reelegido por tercera vez en 1940 y para un cuarto mandato en 1944, que no pudo completar por su fallecimiento el 12 de abril de 1945).

Fallecido Roosevelt, el Congreso aprobó la vigésima segunda enmienda a la Constitución, que fue ratificada por los Estados el 27 de febrero de 1951. Dicha enmienda impone un límite de dos mandatos (de modo que un Presidente no puede permanecer en el cargo más de ocho años); límite compatible con haber desempeñado el cargo durante dos o menos años por sustitución, cuando un Presidente no puede concluir su mandato. Subrayamos, pues, que fue necesaria una enmienda constitucional para instaurar la limitación de mandatos que durante casi dos siglos había regido como una especie de costumbre no refrendada en la Constitución.

Las Constituciones de Americana Latina establecen la limitación de mandatos siguiendo el ejemplo de la de EEUU, pero con notables variaciones, que, en algunos casos, permiten la reelección tras un segundo mandato bajo ciertas condiciones.

Así, según el artículo 97 de la Constitución Argentina de 1994, El Presidente y Vicepresidente de la República «*duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo consecutivo*». El mismo precepto añade que «*si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un periodo*». Así pues, la regulación no responde a la fórmula de prohibición absoluta de reelección tras el segundo mandato, sino al modelo que permite la reelección cuando ha transcurrido dicho período constitucional.

El artículo 112 de la Constitución de la República de Perú de 1993 dispone que el mandato presidencial es de cinco años, si bien permite que el Presidente pueda ser reelegido de inmediato para un período adicional. En este aspecto la Constitución sigue la fórmula de la Constitución de los EEUU.

Sin embargo, no se trata de prohibición absoluta, pues el precepto contempla que transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex-presidente puede "volver a postular, sujeto a las mismas condiciones". Como ha señalado la doctrina, ese plazo de espera supone que, pasados cinco años, un presidente podría volver a gobernar durante diez años consecutivos y así sucesivamente.

El artículo 173 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 establece que «*Los ciudadanos que hayan sido elegidos Presidentes o Vicepresidentes no podrán ser reelegidos para el mismo cargo en los dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes*».

El artículo 82 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 dispone que el mandato del Presidente de la República será de cuatro años (tras la redacción resultante de la enmienda de revisión núm. 5 de 1994) y permite la reelección por un único mandato (enmienda constitucional de revisión num. 16, de 1997).

El artículo 190 de la Constitución de Colombia dispone lo siguiente: «*El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años…*» Anteriormente, el acto Legislativo 02 de 2004 permitió la reelección presidencial inmediata en Colombia, facultando a quienes hubieran ejercido la Presidencia de la República, incluyendo al primer mandatario en el cargo, para permanecer durante un segundo período «*si mediante el voto así lo deciden los ciudadanos*». Así lo hicieron, optando a la reelección, los Presidentes Álvaro Uribe Vélez (2006) y Juan Manuel Santos (2014).

En junio de 2015, la Cámara de Representantes eliminó la reelección introducida por el acto legislativo 02 de 2004, que había sido objeto de varias demandas. La sentencia de fecha 19 de octubre de 2005, dictada por la Corte Constitucional de Colombia (C-1040/05), realiza un análisis histórico que merece la pena destacar por el contraste que supone con la

historia constitucional europea en este punto. En efecto, la Corte destaca que «*la figura de la reelección presidencial inmediata es, a todas luces, ajena a nuestra tradición Constitucional*». De hecho –señala dicha sentencia– «*en el transcurso de la historia republicana de Colombia, y con excepción de la constitución de 1821, que se explica por el dominio que ejercía la figura del libertador Simón Bolívar, no ha existido la reelección inmediata estando en ejercicio el actual Presidente de la República*».

El artículo 144 de la Constitución de la República de Ecuador (2008) dispone que «*el Presidente de la ya República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez*».

A título de ejemplo, mencionamos otras Constituciones americanas que presentan una regulación más restrictiva en este punto. Concretamente, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en el artículo 83 (reformado por última vez el 10 de enero de 2014), establece lo siguiente:

«*El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1 de diciembre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o substituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto.*»

En realidad, como ha destacado la doctrina, la limitación de mandato se introdujo en la Constitución de México antes que en EUUU, mediante reforma de la Constitución de 1917 introducida en 1933; reforma que tiene su antecedente remoto en la limitación de mandatos para miembros del poder legislativo prevista en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814, en el que se dispone que «*tampoco serán reelegidos los diputados, sino es que medie el tiempo de una diputación*». Antes que en México se introdujo dicha limitación en el sistema constitucional de Ecuador. Concretamente, en la llamada "Gran Constitución" de 1830 (la primera Constitución de Ecuador) se dispuso que «*el Presidente duraría en sus funciones cuatro años y no podría ser reelegido, sino pasados dos periodos constitucionales*».

Por su parte, el artículo 229 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992 (que vivió la experiencia de sucesivas reelecciones del General Alfredo Stroessner entre 1954 y 1989) establece: «*El Presidente de la República y el Vicepresidente durarán cinco años improrrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso. El Vicepresidente sólo podrá ser electo Presidente para el período posterior, si hubiese cesado en su cargo seis meses antes de los comicios generales. Quien haya ejercido la presidencia por más de doce meses no podrá ser electo Vicepresidente de la República*».

El artículo 15 de la Constitución Política de la República de Chile es tajante al disponer que «*El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de seis años, y*

no podrá ser reelegido para el período siguiente».

A su vez, el artículo 134 de la Constitución Política de Costa Rica establece que «*El período presidencial será de cuatro años*»; precepto al que añade que «*Los actos de los funcionarios públicos y de los particulares que violen el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia, o el de la libre sucesión presidencial, consagrados por esta Constitución implicarán traición a la República", precisando además, que la responsabilidad derivada de tales actos será imprescriptible*».

Especialmente ilustrativas resultan otras Constituciones sobre la percepción de la prohibición de reelección como una cuestión trascendental para el funcionamiento del sistema político presidencialista, que justifica la necesidad de introducir las limitaciones de mandatos en la "Norma Normarum". En concreto, la Constitución de El Salvador de 1983, cuyo artículo 154 dispone que «*el período presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus funciones ni un día más*».

El artículo 184 (reformado) de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1993 dispone que «*El Presidente y Vicepresidente de la República, serán electos por el pueblo para un período improrrogable de cuatro años, mediante sufragio universal y secreto*» y el artículo 187 se refiere de modo preciso a la «*prohibición de reelección*», estableciendo a tal efecto lo siguiente: «*La persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso. La reelección o la prolongación del período presidencial por cualquier medio, son punibles de conformidad con la ley. El mandato que se pretenda ejercer será nulo*».

En el mismo sentido, el artículo 239 de la Constitución Política de Honduras de 1982 dispone lo siguiente: «*El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.*»

Este género de prevenciones se comprenden a partir de experiencias negativas sobre la eficacia de los textos constitucionales y el temor a que las prohibiciones de reelección quedaran diluidas ante lo que se ha dado en llamar "democraduras", palabra compuesta empleada en referencia a los sistemas políticos que formalmente adoptan institutos jurídicos propios de la democracia, pero envuelven formas de gobierno dictatoriales.

3. Recapitulación: trascendencia de la regulación de mandatos en sede constitucional.

El examen de Derecho comparado que acabamos de realizar, permite observar que la limitación de mandatos plasmada

en sede constitucional no se plantea en términos de conveniencia sino de necesidad. Esto es especialmente visible en los sistemas presidencialistas, como evidencia el peculiar y contundente modo de configuración de dicha limitación en algunas Constituciones Latinoamericanas, según acabamos de ver.

En efecto, la limitación de mandatos no plantea un problema teórico, ni el debate en torno a la misma puede responder a disquisiciones sin trascendencia práctica. Por el contrario, cuando se plantea la viabilidad de la limitación de mandatos, ya sea en un sistema político de corte parlamentario o presidencialista, afloran cuestiones nucleares que atañen a la esencia de un sistema político.

Como hemos visto, la limitación de mandatos se considera una institución ligada de manera natural a las formas de gobierno presidencialistas y, como tal, amparada por las respectivas normas constitucionales. Pero cuando se postula el establecimiento de dicha limitación en los sistemas parlamentarios surgen inmediatamente interrogantes sobre su acomodo a la Norma Suprema, u otras normas integrantes del denominado bloque de la constitucionalidad, y esto es lo que ha sucedido en este caso con la Proposición de Ley a la que se refiere este dictamen.

Ciertamente, la diferenciación entre el sistema parlamentario racionalizado y los sistemas presidencialistas, que apenas hemos esbozado anteriormente, es importante en el contexto que ahora centra nuestra atención. No se trata de elucubraciones doctrinales sin repercusión alguna a la hora de decidir cómo y con qué alcance puede articularse una limitación de mandatos. Es importante, entre otras cosas, para interpretar el aparente silencio que guarda el Estatuto de Autonomía para Andalucía sobre una materia tan trascendente, siendo así que el subsistema político que en él se regula responde por principio al modelo de parlamentarismo racionalizado.

Bajo formas de gobierno presidencialistas se han vivido experiencias políticas difícilmente reproducibles en democracias parlamentarias; experiencias en las que se ha materializado el riesgo que se trata de conjurar con la limitación de mandatos, esto es, desviaciones autoritarias con reminiscencias propias de las monarquías absolutas o de regímenes dictatoriales; situaciones que han justificado desde antiguo la garantía constitucional de la limitación de mandatos.

En cambio, la reivindicación de la limitación de mandatos en las democracias parlamentarias es relativamente reciente; podría afirmarse que la necesidad de esta limitación no ha sido sentida inicialmente, al existir la convicción de que el sistema parlamentario posee antídotos suficientes para neutralizar las negativas consecuencias que los expertos y ciudadanos atribuyen a la reelección de cargos sin ningún límite temporal. El principal de ellos, como ya se ha dicho, es que el Parlamento que ha legitimado al Gobierno puede retirarle su confianza y forzar su dimisión. En este orden de ideas, algunos de los profesores de Derecho Constitucional que han comparecido ante la Comisión de Presidencia y Administración Local del Parlamento de Andalucía, subrayan que la limitación de mandatos que se

propone para el desempeño de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Vicepresidencias y Consejerías, puede plantear desajustes y problemas técnicos importantes, en tanto que supone la recepción de un elemento extraño, propio del presidencialismo, en un subsistema parlamentario como el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque éste registre, como todos, algunas tendencias presidencialistas propias del liderazgo en el partido y en el gobierno, en una sociedad de la información y la comunicación.

En situaciones de normalidad, las democracias parlamentarias tienen suficientes instrumentos para eludir los riesgos derivados del ejercicio dilatado de un cargo público. El sufragio del pueblo permite la renovación del legislativo y abre la posibilidad de alternancia, y los mecanismos de control del Gobierno y exigencia de responsabilidad política, mediante el juego de mayorías y minorías parlamentarias, junto con otros elementos del sistema, como el papel que los propios partidos políticos en el reclutamiento de candidatos, pueden contribuir a la renovación de cargos públicos y de las élites políticas, determinando también la futura composición del Gobierno. Nos referimos, entre otras medidas, a las limitaciones estatutarias que afectan a potenciales candidatos y se proyectan en la formación de las listas electorales.

Las consideraciones de Derecho comparado que acabamos de realizar ilustran sobre el origen histórico de la limitación de mandatos y la vinculación con los sistemas presidencialistas, lo cual no significa que dicha prohibición no pueda introducirse en sistemas parlamentarios, como así ha sucedido en nuestro país y veremos seguidamente. La extrapolación de la limitación de mandatos al parlamentarismo opera en un contexto político caracterizado por el acercamiento paulatino de aquél, en determinados aspectos, al presidencialismo, quizá por la praxis de los mecanismos de división de poderes en el parlamentarismo, incluyendo el debilitamiento de los instrumentos de control y exigencia de responsabilidad política al Gobierno. Por ello, las medidas antes referidas pueden combinarse con otras en la línea de recuperar o potenciar los elementos del parlamentarismo que se estimen debilitados en la praxis política; medidas que pueden bastar para lograr lo que los sistemas presidencialistas consiguen mediante la limitación de mandatos.

No obstante lo anterior, el Consejo Consultivo comparte la opinión de los expertos y órganos consultivos que se han pronunciado sobre el tema, en el sentido de que, a nivel teórico, no existe una objeción insalvable al establecimiento de la limitación de mandatos en los sistemas parlamentarios. El problema es el que identifica la consulta formulada a este Consejo Consultivo apelando a la opinión de los profesores de Derecho Constitucional que cita y a la duda que se apunta en el informe de de los Servicios Jurídicos del Parlamento, es decir, si la limitación de mandatos es viable o no desde el punto de vista constitucional y estatutario.

De hecho, realizamos un último apunte histórico para advertir que la limitación de mandatos no es absolutamente desconocida en nuestra historia constitucional. Antes de que se planteara

en las Constituciones americanas, la limitación de mandatos se ensayó –sin continuidad– en el continente europeo, si bien en referencia a miembros del poder legislativo y otros cargos públicos. Así, al final del siglo XVII, se consagra en la Constitución francesa de 1791 que «*los miembros del Cuerpo legislativo podrán ser reelegidos en la legislatura siguiente y no podrán serlo de nuevo hasta pasado el intervalo de una legislatura*» (artículo 6 de la Sección III del capítulo primero del título III).

Poco tiempo después, figura en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 110 dispuso que «*los diputados no podrán volver a ser reelegidos, sino mediando otra diputación*». Más allá de lo anterior la Constitución de 1812, en relación con el gobierno de los Ayuntamientos, dispuso en su artículo 315 que «*Los alcaldes se mudarán todos los años, los regidores por mitad cada año, y lo mismo los procuradores síndicos donde haya dos: si hubiere sólo uno se mudará todos los años*». El artículo 316 contempla la regulación disponiendo que «*El que hubiere ejercido cualquiera de estos cargos no podrá volver a ser elegido para ninguno de ellos, sin que pasen por lo menos dos años, donde el vecindario lo permita*».

En suma, lo que enseñan los antecedentes que aquí se han relatado es que el establecimiento de la limitación de mandatos tiene su raíz en los textos constitucionales y no en la legislación ordinaria.

III

Sentado lo anterior, nos referiremos a continuación a las disposiciones legales que han regulado la limitación de mandatos en el ámbito autonómico, así como a los dictámenes que han emitido otros Consejos Consultivos sobre esta cuestión, advirtiendo que dicha limitación sólo se halla prevista en los Estatutos de Autonomía de Castilla-La Mancha y Cataluña.

1. Regulación estatutaria sobre limitación de mandatos.

El artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en el capítulo destinado a regular el Consejo de Gobierno y su Presidente, dispone lo siguiente:

«*El Consejo de Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, y de los Consejeros. Las Cortes de Castilla-La Mancha, por mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno de la Cámara, aprobarán una Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo, en la que se incluirá la limitación de los mandatos del Presidente*.»

Como puede apreciarse, la limitación de mandatos no se regula directamente en la norma estatutaria transcrita, ya que ésta llama al legislador, imponiendo que dicha limitación se contemple en la futura Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo. Aparentemente se trata de una remisión en blanco, pero es evidente que la regulación que se anuncia está sometida al marco constitucional y estatutario en aspectos sustantivos, formales y de Derecho temporal que no admiten una total libertad de configuración de esta institución. En lo que más directamente concierne a la consulta planteada, llamamos la atención sobre la exigencia que impone el propio Estatuto de una mayoría

reforzada o cualificada (tres quintos) para la aprobación de dicha Ley; exigencia que sólo puede entenderse bajo la consideración de que la materia objeto de regulación es de crucial importancia y en esa medida se justifica reforzar el principio mayoritario, exigiendo esa mayoría cualificada para la aprobación de la ley que afecta a instituciones de autogobierno tan determinantes.

La legitimidad constitucional de la exigencia de mayoría cualificada para la aprobación de dicha Ley se vincula con la búsqueda de un mayor consenso por la importancia del interés tutelado y la previsión de dicha mayoría en el Estatuto de Autonomía, en cuanto que éste se concibe por la Constitución Española como norma institucional básica en la que se ha de contener la organización de las instituciones de autogobierno, de conformidad con el artículo 147 de la Carta Magna (STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 7).

Por su parte, el artículo 67 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (encargado de regular la elección, nombramiento, estatuto personal, cese y competencias del Presidente o Presidenta de la Generalitat) establece lo siguiente en su apartado 2: «*El Presidente o Presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros. Puede regularse por ley la limitación de mandatos*».

Las diferencias que se observan entre esta previsión estatutaria, no desarrollada, y el artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha son evidentes, ya que el Estatuto de Autonomía de Cataluña apunta una posibilidad y en este sentido la forma verbal "puede" representa una simple habilitación al legislador, mientras que las Cortes de Castilla-La Mancha reciben un mandato ("se incluirá") para regular la limitación de mandatos en una Ley muy concreta y con la apuntada exigencia de mayoría cualificada.

2.- Disposiciones legales aprobadas por las Comunidades Autónomas o en vías de tramitación.

En este apartado exponemos, por orden cronológico, las disposiciones legales que han regulado la limitación de mandatos en determinadas Comunidades Autónomas, y damos cuenta, sintéticamente, del parecer expresado en los dictámenes emitidos por los Consejos Consultivos de Castilla-La Mancha, Extremadura, Castilla y León, y Asturias.

2.1. Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Partiendo de la previsión que sobre la limitación de mandatos establece el artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, la Ley 11/2003 regula la limitación de mandatos del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en su artículo 4. Tras establecer que el Presidente de la Junta de Comunidades es elegido por las Cortes Regionales de entre sus miembros, en la forma establecida por el Estatuto de Autonomía (apdo. 1), dicho artículo establece que «*No podrá ser elegido Presidente de la Junta de Comunidades quien ya hubiese ostentado este cargo durante al menos ocho años, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato*».

Como vemos, la prohibición de reelección no es absoluta superado dicho término. Por el contrario, el precepto debe entenderse en el sentido de que permite que quien haya rebasado el umbral de los ocho años vuelva a ser elegible siempre y cuando hayan transcurrido al menos cuatro años desde la finalización de su mandato. Superado ese paréntesis, se extingue la causa de inelegibilidad.

A este respecto, el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha 44/1997, de 24 de junio, subraya que «*la previsión del nuevo artículo 13 del Estatuto de Autonomía supone una novedad absoluta en nuestro Derecho en el que ni la Constitución ni ninguno de los Estatutos de Autonomía ha establecido norma similar limitativa de la posibilidad de elección de Presidente del Ejecutivo*».

En la misma dirección que ya hemos apuntado en este dictamen, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha hace notar lo siguiente: «*En el modelo de parlamentarismo racionalizado de la Constitución, con el Presidente del poder ejecutivo dependiente de la confianza parlamentaria, que ha sido reproducido de forma generalizada en los Estatutos de Autonomía, no parece encajable una limitación de los mandatos del Presidente del Gobierno, pues la duración del mismo depende en exclusiva de la pervivencia de la confianza del legislativo. El objetivo de tal limitación, en su forma clásica, no era otro que eliminar los riesgos derivados de la reiteración de mandatos por el titular del ejecutivo, cuando éste no se halla sometido a la responsabilidad política ante el legislativo, o ésta solo es posible de forma muy limitada, ya sea que su nombramiento derive de la elección directa de los ciudadanos, en los sistemas de absoluta separación de poderes, bien por que elegido por la Cámara ésta no pueda exigir tal responsabilidad*».

Sin embargo, el dictamen referido no ve obstáculo para la regulación legal de la limitación de mandatos, precisamente porque parte de la novedad de la previsión estatutaria, que contempla «*el sometimiento a limitación de los mandatos del titular del ejecutivo cuando éste se encuentra sometido a la exigencia de responsabilidad política ante la Cámara de cuya confianza depende su permanencia en el cargo*».

Bajo esta premisa, el dictamen subraya lo siguiente: «*Se trata por ello de una medida tendente a imponer una periódica renovación de los dirigentes políticos, quizás congruente con un sistema de parlamentarismo fuertemente condicionado, en el que la combinación del sistema político diseñado por el Estatuto de Autonomía y la vigente Ley Electoral ha producido una acusada preponderancia de la figura del Presidente de la Junta de Comunidades, como consecuencia de las restricciones a la exigencia de responsabilidad política (censura constructiva) y las limitaciones a la proporcionalidad del sistema electoral, preponderancia que podría acentuarse al atribuir al presidente la facultad de disolución anticipada de las Cortes Regionales, ya que este mecanismo puede actuar tanto como prevención del cambio de grupo político de los parlamentarios de la mayoría o de indisciplina de ésta, como de mecanismo para elegir el momento del proceso electoral más propicio para el Presidente.*»

En suma, cabe afirmar que el dictamen consideró viable la regulación legal de la limitación de mandatos bajo la premisa de que el legislador cumple así un mandato estatutario, independiente de las dificultades técnicas de la ley entonces proyectada y del difícil encaje de dicha limitación en un sistema parlamentario.

Por el contrario, el dictamen no aprecia un posible obstáculo derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución (igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos). Sí aprecia de modo implícito una lesión de dicho derecho en el caso de que la reforma operara retroactivamente. Por ello señala que: «*...la vigencia del precepto nunca podrá afectar a las posibilidades de ejercicio de la Presidencia de la Junta de quienes accedieron a dicho cargo sin que la limitación de mandatos existiera, pues de otra forma se produciría un efecto retroactivo de una norma restrictiva del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, previsto en el artículo 23.2 de la Constitución, mucho más cuando tal precepto tendría carácter de "lex singularis", sólo aplicable al actual Presidente de la Junta de Comunidades*».

El Consejo Consultivo de Andalucía comparte las consideraciones realizadas en dicho dictamen, y a propósito de la fundamentación jurídica que emplea debemos reiterar que la Proposición de Ley a la que se refiere la consulta que nos ocupa no parte de una previsión estatutaria como la del artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha.

2.2. Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El artículo 8.3 de dicha Ley dispone lo siguiente:

«*No podrá ser elegido presidente de la Junta de Extremadura quien ya hubiese ostentado este cargo durante dos mandatos sucesivos, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato y sin que en ningún caso pueda ser elegido quien hubiera ostentado este cargo durante al menos ocho años*.»

La exposición de motivos destaca el establecimiento de la limitación del mandato presidencial como principal novedad, señalando que esta previsión tan sólo será de aplicación a la persona que ostente la Presidencia a la entrada en vigor de la misma y a la que la ostente con posterioridad.

Dicha limitación responde al mismo esquema que hemos visto en disposiciones similares, lo que dispensa de realizar cualquier comentario adicional. El problema que suscita esta regulación es que carece de un apoyo expreso en el Estatuto de Autonomía de Extremadura, a diferencia de lo que hemos visto en el caso de la regulación de Castilla-La Mancha. Así lo advierte el Consejo Consultivo de Extremadura en su dictamen 534/2013, de 31 de octubre. En él se expone que «*para determinar las causas de incompatibilidad o inelegibilidad en el cargo de Presidente autonómico es necesario que se prevea en una ley orgánica,*

rango que sí ostenta el Estatuto de Autonomía».

Desde el punto de vista sustantivo, el dictamen considera que «la limitación de mandatos del Presidente difícilmente pudiera calificarse de proporcional o razonable a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1989, de 20 abril»; sentencia que, en relación con el derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución, condicionado en su ejercicio a los requisitos que señalen las leyes, precisa que «*desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, es obligado integrar en este derecho la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral –STC 21/1984, de 9 de marzo.*»

En esta línea, analizando la limitación de mandatos contenida en el entonces Proyecto de Ley a la luz del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, el Consejo Consultivo de Extremadura remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en concreto, a las SSTC 8/1985, de 25 de enero, FJ4; 19/1990, de 21 de junio, FJ 5; y 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7. Sobre esta última, recuerda que se refiere a la exigencia de ley orgánica para regular los requisitos de acceso a cargos electivos de representación política, a través de procedimientos electorales generales, por exigencia del artículo 81.1 de la Constitución. En todo caso, el dictamen subraya que la limitación que se pretende introducir sólo debería afectar a los electos después de la entrada en vigor de disposición legal proyectada, pero «*no a los que ya hubieran desempeñado el cargo, para evitar efectos retroactivos de normas limitadoras de derechos*», ya que, en caso contrario, se infringiría el artículo 9.3 de la Constitución.

2.3. Ley 7/2014, de 21 de noviembre, de modificación de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Se trata de una ley de artículo único, en virtud del cual –por lo que atañe a este dictamen– se añade un nuevo apartado al artículo 7 de la citada Ley 6/2004, de 28 de diciembre, con la siguiente redacción: «*No podrá ser elegido Presidente de la Comunidad Autónoma quien ya hubiese ostentado este cargo durante dos mandatos*».

Al no existir ninguna previsión sobre limitación de mandatos en el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, la Ley se acoge a la previsión genérica contenida en el artículo 31.5 de dicho Estatuto, según el cual el procedimiento de elección del Presidente del Consejo de Gobierno, así como su estatuto personal, será desarrollado «*mediante ley de la Asamblea, aprobada por el voto favorable de la mayoría de sus miembros*».

En cuanto a su justificación, la exposición de motivos subraya la necesidad de «*adaptar algunos aspectos de la regulación de la figura del Presidente a las nuevas exigencias ciudadanas existentes al respecto, en particular, la limitación de sus mandatos, que se configura como un mecanismo de impulso democrático y buen gobierno, aplicable a los presidentes de la Comunidad Autónoma*

de la Región de Murcia que ejerzan su mandato tras la entrada en vigor de esta norma».

2.4. Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Hace apenas unos meses, la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, incorpora una limitación de mandatos que afecta a quienes hayan ostentado la Presidencia de la Junta de Castilla y León o hayan desempeñado las Consejerías del Gobierno autonómico.

Concretamente, en este último caso, el apartado 2 del artículo 2 (dedicado a regular el "nombramiento" de altos cargos de la Junta de Castilla y León) dispone que «*no podrán ser nombrados como titulares de una Consejería quienes ya lo hubieran sido de ese mismo Departamento durante ocho años*».

Se trata de una regulación novedosa, en claro contraste con las aprobadas por las Comunidades Autónomas ya citadas. A simple vista se observa que la prohibición de nombramiento no es absoluta, sino relativa, ya que lo que se veda es «*ser titular de una misma Consejería*», de modo que cuando el cargo de Consejero se haya desempeñado en otra Consejería durante el período temporal máximo (ocho años), no opera la prohibición.

Por otra parte, la disposición adicional primera (bajo el epígrafe "*Limitación de mandatos*"), establece que »*las personas que hayan ostentado durante ocho años la presidencia de la Junta de Castilla y León o la presidencia o titularidad de alguna de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León no podrán ser propuestas para su reelección en la misma Institución*».

Según explica la exposición de motivos, la limitación se regula en disposición adicional por referirse a una cuestión material que no encuentra su encaje sistemático en el articulado de la ley.

En cuanto al fundamento estatutario de la regulación, la exposición de motivos señala que con respecto a los miembros de la Junta de Castilla y León, la Ley responde a «*un mandato normativo, con la exigencia de rango de ley, establecido en el artículo 28.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León*». Sin embargo, este apartado se limita a establecer que «*Una ley de Castilla y León regulará la organización y composición de la Junta, así como las atribuciones y el estatuto personal de sus miembros*», sin que el Estatuto contemple ninguna limitación de mandatos como la que se regula.

El Consejo Consultivo de Castilla y León tuvo ocasión de pronunciarse sobre el entonces anteproyecto de ley por el que se regula el Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León en su dictamen 164/2016, de 19 de mayo, advirtiendo que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León omite cualquier referencia a este tipo de limitación.

Según el dictamen, la limitación de mandatos se configura como un caso de "irreelegibilidad", una especialidad de la inelegibilidad, y supone «*una privación*

del sufragio pasivo referida al caso de un sujeto que ha desempeñado con anterioridad un mandato electivo». En el supuesto de la limitación de mandatos referida a la Presidencia de la Junta de Castilla y León, el dictamen destaca que «*no se priva de la condición de procurador sino de la de presidente, de ostentar la suprema representación de la Comunidad y la ordinaria del Estado en ella*», bastando una determinada antigüedad en el cargo «*como una causa suficiente para despojar de tal posibilidad*».

Por todo ello, el Consejo Consultivo de Castilla y León acoge la opinión doctrinal que considera que «*la limitación de mandatos debería ser establecida por el Estatuto de Autonomía o, por remisión expresa de éste, en la ley electoral autonómica, en virtud de su competencia de autoorganización, dentro del respeto de las disposiciones previstas por la LOREG sobre causas generales de inelegibilidad*».

2.5. Opinión discrepante del Consejo Consultivo de Asturias, a favor de la posibilidad de regular la limitación de mandatos por Ley ordinaria.

El dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 45/2014, de 13 de febrero, establece una conclusión diferente a la de los dictámenes de los Consejos Consultivos de Castilla-La Mancha, Extremadura y Castilla y León antes citados, y lo hace al dar respuesta a una consulta facultativa formulada por el Consejero de la Presidencia sobre la viabilidad jurídica de la limitación legal del periodo de duración del mandato del Presidente del Principado de Asturias; limitación que establecería un período máximo de permanencia en el cargo de ocho años, pero permitiría que la misma persona volviera a desempeñarlo en el futuro después de transcurrir un "período sabático".

El dictamen confirma la tesis mantenida por la Secretaría General Técnica de la Consejería consultante, en el sentido de que dicha regulación podría realizarse por ley ordinaria, sin necesidad de modificar el Estatuto de Autonomía para que regulase directamente dicha limitación de mandatos, o bien se limitara a contemplar dicha posibilidad para que fuese desarrollada por una ley ordinaria. En este sentido, el Consejo Consultivo de Asturias llama la atención sobre el alcance restringido que el concepto de cargo público tiene en el artículo 23.2 de la Constitución, y se remite a la STC 192/2012, de 29 de octubre, en la que se señala lo siguiente:

«*…desde la STC 23/1984, de 20 de febrero, hemos ceñido la noción constitucional de «cargo público» empleada en el art. 23.2 CE a los cargos electivos de representación genuinamente política de los entes territoriales, esto es, los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 CE (diputados y senadores, parlamentarios europeos y autonómicos, diputados provinciales, concejales y representantes de otros entes locales), por considerar que el derecho que define esta vertiente del mencionado art. 23.2 CE es un reflejo del Estado democrático en el que la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). En efecto, el derecho de acceso a los cargos públicos de representación política cobra su*

auténtico sentido al asociarse al derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE)» (FJ 3).

En esta dirección el dictamen subraya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional modula la operatividad del derecho de participación cuando se trata de la elección de segundo grado, que no cabe equiparar a la elección directa.

El dictamen descarta la afectación del bien jurídico protegido (la representación), y subraya con la STC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2), que:

«*El sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, sólo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.*». Este presupuesto no concurre en el caso de la elección del Presidente, pues son los miembros de la Junta General los que lo eligen de entre los mismos.

En resumen, considerando que en este caso no operaría la reserva de ley orgánica, ni se dañaría el principio de igualdad, el Consejo Consultivo de Asturias comparte con el órgano consultante que la limitación del número de mandatos del Presidente no necesita ser introducida en el Estatuto de Autonomía, aunque tal solución aportaría una mayor garantía, sino que puede ser aprobada por el legislador autonómico.

2.6. Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid para la limitación de los mandatos de la Presidencia de la Comunidad de Madrid [Iniciativa PROPL-3/2017(X)].

Seguidamente, nos referimos a esta Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos con la finalidad de modificar la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, para establecer la limitación de los mandatos de la Presidencia de la Comunidad de Madrid.

Dicha Proposición de Ley, calificada y admitida a trámite por la Mesa de la Asamblea el 20 de febrero de 2007, aparece publicada en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid (BOAM, núm. 105, de 23 de febrero de 2017; pág. 11526 y ss.). Consta de un artículo único, que modifica el artículo 4 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en los siguientes términos:

«1 […]

2.- *No podrá ser elegido Presidente de la Comunidad de Madrid quien ya hubiese sido investido como tal en dos ocasiones anteriores.*

A efectos de la limitación prevista en el párrafo anterior no se computarán las investiduras subsiguientes a los supuestos de disolución anticipada de la Asamblea.»

Tras la toma en consideración de la Propuesta por el Pleno de la Cámara, consta que la Mesa de la Asamblea, en su sesión de 16 de mayo de 2017, ordena la publicación en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid (18 de mayo de 2017) y acuerda la apertura del plazo de presentación de enmiendas. En ese estado de tramitación se encuentra la reforma incorporada a la Proposición de Ley, cuyo contenido se explica por sí mismo y coincide, en general, con las disposiciones que anteriormente hemos examinado. También añade una precisión en el párrafo segundo, en coherencia con la finalidad perseguida, relativa a las denominadas "legislaturas acortadas".

La exposición de motivos que acompaña a la proposición señala que «*la prolongación de los mandatos presidenciales más allá de un máximo de dos legislaturas constituye un elemento potencialmente generador de redes clientelares y de patrimonialización de la gestión pública*». Partiendo de esa consideración, la exposición de motivos afirma que «*una institución como la limitación de mandatos cuyo origen se encuentra en los sistemas presidencialistas, puede importarse con éxito en modelos parlamentarios como el español y actuar eficazmente como factor regenerador de la vida política*».

Al no existir ninguna previsión sobre limitación de mandatos en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (cuyo art. 11.4 sí reenvía a una ley de la Asamblea la determinación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados), se han suscitado dudas sobre el acomodo de dicha Proposición de Ley al referido Estatuto de Autonomía y a la Constitución.

2.7 Proposición no de Ley aprobada en Pleno [9L/PNLP-0066-0902314] para que el Parlamento de La Rioja inicie la reforma del Estatuto de Autonomía en este punto.

Finalmente traemos a colación esta Proposición no de Ley aprobada por el Parlamento de la Rioja, porque es reveladora de un determinado entendimiento del problema, esto es, que como paso previo a la regulación legal de la limitación de mandatos es necesario reformar el Estatuto de Autonomía de la Rioja.

En efecto, la referida Proposición (publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de la Rioja, Serie B, núm. 35, 5 de febrero de 2016, pág. 859 y ss.) insta al Parlamento de La Rioja para que acuerde modificar el Estatuto de Autonomía de La Rioja a la mayor brevedad posible, incluyendo como mínimo los siguientes puntos:

«*...limitación a dos legislaturas del mandato del presidente o presidenta del Gobierno de La Rioja, así como de todos los alcaldes, alcaldesas, regidores o regidoras de municipios*». El texto precisa después que la limitación se ceñiría a «*alcaldes, alcaldesas, regidores o regidoras de municipios, agrupaciones de municipios, mancomunidades o entidades infra o supramunicipales cuyo censo poblacional supere los 5.000 habitantes*».

La exposición de motivos señala que «*después de 37 años de democracia, una de las reformas a impulsar es la limitación a dos mandatos de cuatro años para alcaldes de los principales municipios y el presidente del Gobierno autonómico*».

IV

Sentado lo anterior, nos referimos al contenido de la Proposición de Ley andaluza y a la justificación que ofrece para establecer la limitación de mandatos, teniendo en cuenta lo dicho sobre el limitado alcance de este dictamen, consecuentemente con la naturaleza de la consulta facultativa que ha sido formulada.

1. Modificaciones de la Ley del Gobierno postuladas en la Proposición de Ley.

Según los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la iniciativa legislativa, la «*Proposición de Ley relativa a modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*» fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular Andaluz con fecha 12 de septiembre de 2016.

La Mesa del Parlamento, en sesión celebrada el 14 de septiembre de 2016, de conformidad con lo previsto en el artículo 124.2 del Reglamento de la Cámara, acordó ordenar la publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA) de la Proposición de Ley (con número de expediente 10-16/PPL-000009) y remitirla al Consejo de Gobierno, con el fin de que mostrase su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no sobre la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

Dicha Proposición de Ley figura publicada en el BOPA núm. 305, de 20 de septiembre de 2016, y consta de un artículo único, por el que se modifican los artículos 4 y 22 de la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Concretamente, en primer lugar, se postula una nueva redacción del artículo 4 de la citada Ley –ubicado en el capítulo I del título I, dedicado a la «*elección de la Presidencia de la Junta de Andalucía*»– cuya novedad radica en la adición de un segundo párrafo para configurar la siguiente causa de inelegibilidad:

«*Son inelegibles como presidente o presidenta de la Junta de Andalucía los miembros del Parlamento de Andalucía que hayan ejercido la presidencia de la Junta de Andalucía durante dos legislaturas*.»

Por otra parte, la Proposición de Ley prevé una nueva redacción del artículo 22 de la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (destinado a regular el nombramiento y el cese de los miembros del Consejo de Gobierno). La comparación de la redacción propuesta con la redacción vigente lleva a señalar que en este caso se añade un segundo párrafo al apartado 1 de dicho artículo para configurar igualmente una causa de inelegibilidad en los siguientes términos:
«*No podrán ser designados como titulares de vicepresidencias o de consejerías aquellos que hayan*

ostentado estos cargos durante dos legislaturas, salvo que hayan transcurrido cuatro años desde la terminación de su último mandato».

La inelegibilidad prevista para la elección del Presidente o Presidenta de la Junta de Andalucía opera incondicionadamente, ya que prohíbe la reelección si el potencial candidato ha ejercido la Presidencia de la Junta de Andalucía durante dos legislaturas. Siendo así, cabe afirmar que se trata de una inelegibilidad de carácter absoluto para ese concreto cargo.

En cambio, la inelegibilidad cuya aprobación se postula para las personas que hayan desempeñado una Vicepresidencia o Consejería durante "*dos legislaturas",* representa un supuesto de limitación de mandato doctrinalmente calificado como inelegibilidad consecutiva; una inelegibilidad relativa en el tiempo, en tanto que la prohibición cesa cuando «*hayan transcurrido cuatro años desde la terminación de su último mandato*».

En términos coloquiales podría hablarse de "período de enfriamiento", lo cual supone que no existe propiamente un número de mandatos máximo siempre que se observe dicho requisito temporal.

2. Justificación de la limitación de mandatos en la exposición de motivos de la Proposición de Ley.

Al expresar la justificación de la norma, la exposición de motivos que acompaña a la Proposición de Ley viene a señalar que ésta se inscribe en un proceso de regeneración y profundización en la calidad de la democracia, «*impulsado por las demandas de la sociedad y por la pérdida de la confianza de los ciudadanos en nuestras instituciones*».

En esta dirección, la exposición de motivos subraya que «*conviene dar un paso más con la limitación de mandatos de los presidentes de las comunidades autónomas y de los miembros del Consejo de Gobierno como uno de los puntos fundamentales de este proceso de regeneración democrática abierto en nuestra sociedad*», contribuyendo a «*dar un mayor dinamismo a las políticas públicas*» y a «*poner lo público por encima de los intereses personales o partidistas*».

La intervención de los expertos en Derecho Constitucional que han comparecido en el Parlamento de Andalucía expresando su parecer sobre la Proposición de Ley ponen de relieve que existe una tendencia a incorporar la limitación de mandatos en diversos órganos estatales, autonómicos y locales, que se interpreta en clave de regeneración democrática. A favor de dicha limitación se aduce que el desempeño de determinados cargos sin límite de tiempo podría propiciar fenómenos indeseados de profesionalización de la política, clientelismo, patrimonialización de las instituciones y corrupción. En este mismo sentido, la doctrina ha expresado que la limitación de mandatos es una institución o instrumento al servicio de la renovación de las élites políticas.

Tal y como hemos visto, las reformas legislativas aprobadas en el ámbito autonómico, o en curso de tramitación, permiten constatar que estas mismas o similares consideraciones se han esgrimido para justificar la limitación de mandatos más allá incluso de la referida

a los miembros del poder ejecutivo, pues en algunos casos se postulan también para diputados, alcaldes y otros cargos públicos.

Hace casi dos siglos, Alexis de Tocqueville se preguntaba si los legisladores de los Estados Unidos tuvieron razón o no al permitir la reelección del presidente. En un ejercicio de retórica, el politólogo y jurista francés señalaba que impedir que el jefe del poder ejecutivo pueda ser reelecto, parece, a primera vista, contrario a la razón. «*Se sabe* –precisa el autor– *la influencia que ejercen el talento o el carácter de un solo hombre sobre el destino de un pueblo, sobre todo en las circunstancias difíciles y en tiempo de crisis*». En este sentido, afirma que «*las leyes que prohíben a los ciudadanos reelegir a su primer magistrado les quitan el mejor medio de hacer prosperar el Estado o de salvarlo*» y añade que «*se llegaría así, por otra parte, al resultado extraño de que un hombre fuera excluido del gobierno en el momento mismo que acababa de demostrar que es capaz de gobernar bien*».

Pero al mismo tiempo se pregunta si no cabe oponer a dichas razones otras más fuertes aún. Respondiendo a la pregunta, Tocqueville subraya que «*la intriga y la corrupción son vicios naturales de los gobiernos electivos*» y cuando el jefe del Estado puede ser reelegido, «*esos vicios se extienden indefinidamente y comprometen la existencia misma del país*».

En esta dirección Tocqueville advierte de los peligros de la reelección y considera que «*cuando el jefe del Estado mismo se lanza a la liza, usurpa para su propio uso la fuerza del gobierno*»; entonces –señala– «*es el Estado mismo, con sus inmensos recursos, el que intriga y corrompe»*". Según expresa, «*"Las negociaciones, como las leyes, no son para él más que combinaciones electorales; los empleos se convierten en recompensas por servicios prestados no a la nación, sino a su jefe*». En suma, Tocqueville considera que «*el principio de reelección*» hace «*más extensa y peligrosa la corruptora influencia de los poderes electivo*».

La pasión del alegato de Tocqueville en contra del principio de reelección es visible en estos pasajes de su obra: «*Reelegible (y esto es verdad, sobre todo en nuestros días, en que la moral política se relaja, y en que los grandes caracteres desaparecen), el presidente de los Estados Unidos es tan sólo un instrumento dócil en manos de la mayoría… los legisladores pretendieron que la guiase, y él la sigue… Así, para no privar al Estado de los talentos de un hombre, volvieron casi inútil su talento; y, para reservarse un recurso en circunstancias extraordinarias, expusieron al país a graves peligros todos los días*». (La Democracia en América, libro primero, primera parte, capítulo octavo, segunda parte).

Sus ideas evocan, en cierto modo, las reflexiones que Montesquieu realiza sobre el poder en *El Espíritu de las Leyes*, al señalar: «*nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder dice que no incite al abuso, a la extralimitación. Para que no se abuse del poder, es necesario que ponga límites a la naturaleza misma de las cosas. Una Constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que*

la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe.»

Las palabras de Tocqueville deben entenderse en relación con el contexto histórico-político que inspira su obra, si bien es verdad que buena parte de los argumentos que expone a favor y en contra de la reelección conservan vigencia y han reaparecido en la escena política. Sus palabras demuestran que conocía a la perfección el debate fundacional entre quienes defendían la existencia de un ejecutivo federal con limitación de mandatos y poderes que no debilitaran la soberanía de los Estados y los federalistas, partidarios de un ejecutivo fuerte y estable.

En la línea que se acaba de apuntar, sesenta años antes de que Tocqueville publicara la obra comentada, Alexander Hamilton (bajo el seudónimo Publius) aborda el tema que nos ocupa ("*Re-Eligibility of the Executive*) en *El Federalista núm. 72* (New York Packet, 21 de marzo de 1788). Concretamente, se dirige al pueblo del Estado de Nueva York realizando un ejercicio retórico (al final del cual sienta una conclusión contraria a la que hemos visto defendida por Tocqueville) y lo hace en los siguientes términos: «*Nada parece más plausible a primera vista… que el primer magistrado continúe en funciones durante un tiempo determinado, para enseguida excluirlo de ellas, bien durante un período limitado o de manera perpetua*». Sin embargo –afirma Hamilton–, «*ya sea temporal o perpetua, esta exclusión produciría aproximadamente los mismos efectos y éstos serían en su mayor parte más perniciosos que saludables*». Para Hamilton, la reelección «*es indispensable a fin de permitir al pueblo que prolongue el mandato del referido funcionario, cuando encuentre motivos para aprobar su proceder, con el objeto de que sus talentos y sus virtudes sigan siendo útiles, y de asegurar al gobierno el beneficio de fijeza que caracteriza a un buen sistema administrativo*». Por el contrario, considera que la idea de hacer imposible que el pueblo conserve en funciones a aquellos hombres que en su opinión se han hecho acreedores a su aprobación y confianza, constituye una exageración, cuyas ventajas son problemáticas y equívocas en el mejor caso y están contrarrestadas por inconvenientes mucho más ciertos y terminantes.

Sin embargo, en medio de un de un debate que dura hasta nuestros días, la idea de la limitación de mandatos se fue abriendo paso, sin que inicialmente se hubiera propuesto una articulación jurídica del principio, valorando sus implicaciones constitucionales.

A este respecto, traemos a colación una carta de Thomas Jefferson a John Taylor que se conserva en la Biblioteca del Congreso de EEUU (6 de enero de 1805). En ella, días después de tomar posesión del cargo en segundo mandato, el tercer Presidente de los EEUU se refiere a su idea inicial de que el Presidente fuese elegido para un mandato de siete años y subraya su intención de seguir la práctica sentada por G. Washington, adhiriéndose al principio que lleva a retirarse al final del segundo mandato. No obstante, advierte del peligro de que la indulgencia y los apegos de la gente propicien que la reelección se convierta en algo habitual y con ella el mantenimiento del Presidente en el poder. Para evitarlo

sugiere el establecimiento de la limitación de mandatos mediante una enmienda constitucional; enmienda que se llevó a la práctica, en efecto, ciento cuarenta y seis años más tarde.

Este es precisamente el objeto de la consulta que pasamos a responder, dado que viene dada por las dudas suscitadas sobre la posible inconstitucionalidad de la Proposición de Ley.

V

Sentado lo anterior, es preciso advertir que el análisis de la cuestión de fondo no puede realizarse aisladamente, como si se tratara, sin más, de una reforma puntual de la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma, sino sistemáticamente, advirtiendo sobre la decisiva influencia que ejercería sobre el sistema político andaluz la proyectada limitación de mandatos, que afecta a la Presidencia de la Junta de Andalucía y a los miembros del Gobierno. Asimismo, dado que la consulta plantea, fundamentalmente, la posible contradicción entre la Proposición de Ley y el Estatuto de Autonomía, en este contexto realizaremos algunas consideraciones previas para destacar –por obvio que pueda parecer– que dicho Estatuto no puede ser contradicho o alterado por una ley ordinaria del Parlamento de la propia Comunidad Autónoma.

1. Contemplación del problema desde la idea de Sistema y no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución.

No se trata sólo de elucidar si la limitación de mandatos postulada debe ser regulada en una ley orgánica por afectar al derecho fundamental que permite a los ciudadanos «*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*» (artículo 23.2 de la Constitución) y si la concreta regulación respeta el contenido esencial de dicho derecho, o, por el contrario, lo lesiona.

El Consejo Consultivo comparte, en líneas generales, el parecer que han expresado los Consejos Consultivos de Castilla-La Mancha, Extremadura y Castilla y León sobre el problema que se analiza. También considera acertadas las consideraciones que realiza el Consejo Consultivo de Asturias en relación con la modulación del alcance del artículo 23.2 de la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional cuando el sistema de elección de un cargo público es de segundo grado, no equiparable a la elección directa por el electorado.

En este sentido, nos referimos a lo obvio: el Estatuto de Autonomía determina que «*el Presidente de la Junta será elegido de entre sus miembros por el Parlamento*» (artículo 117.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en adelante EAA).

Ciertamente, no es el pueblo el que elige directamente al Presidente de la Junta de Andalucía, es el Parlamento el que otorga su confianza al candidato que presentará su programa de gobierno (art. 118.3 EAA) y el que puede retirársela y exigir la responsabilidad política del gobierno mediante la moción de censura (art. 126 EAA) y, en su caso, mediante el rechazo de la cuestión de confianza (art. 125 EAA).
En este sentido, damos por reproducido lo expuesto en la STC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2), sobre

la vinculación que la jurisprudencia constitucional establece entre representación y elección popular directa; sentencia en parte transcrita en este dictamen al citar el dictamen del Consejo Consultivo de Asturias que aborda esta cuestión. Dicha doctrina se confirma en la STC 81/1994, de 14 de marzo (FJ 2), destacando el sentido y la trascendencia de la distinción entre cargos públicos representativos cuya designación resulta directamente de la elección popular y otros cargos, en la medida en que la primera «*materializa o personifica la efectividad del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas*» (SSTC 5/1983 y 10/1983, 16/1983, 20/1983, 28/1983 y 29/1983, así como a las SSTC 28/1984 y 30/1987).

Con mayor motivo puede afirmarse que la elección de quienes hayan de desempeñar las Vicepresidencias o las Consejerías es una elección indirecta o de segundo grado, pues corresponde a quien ostente la Presidencia de la Junta de Andalucía «*designar a los miembros del Consejo de Gobierno y distribuir entre ellos las correspondientes funciones ejecutivas*» (art. 118.4 EAA).

Partiendo de esta premisa, algunos de los expertos que han comparecido en la Comisión de Presidencia y Administración Local, consideran que la limitación de los mandatos no implica necesariamente una limitación esencial del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad; conclusión que se establece en línea con lo expuesto en el dictamen del Consejo Consultivo de Asturias ya referido.

Ahora bien, siendo indiscutible que estamos ante una elección indirecta o de segundo grado, no lo es menos que sería erróneo considerar que las causas de inelegibilidad examinadas sólo deben contemplarse desde la óptica constitucional que proporciona la contemplación del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española. Así, del mismo modo que hay que reconocer que la elección del Presidente de la Junta de Andalucía es indirecta o de segundo grado, hacemos notar la importancia de interpretar la norma que contempla dicha elección desde una perspectiva sistemática, pues opera en el seno de un sistema, como pieza que, al menos en teoría, presenta una trabazón lógica con el conjunto de piezas que componen dicho sistema.

Esta idea de sistema, (y su precipitado hermenéutico que es la interpretación sistemática), es determinante para el pronunciamiento que se le pide a este Consejo Consultivo, como también lo es la interpretación ex antecedente. De este modo, sentaremos una conclusión sobre el significado del aparente silencio que guarda el Estatuto de Autonomía en este punto.

Al valorar la trascendencia de la limitación de mandatos postulada, hemos de hacerlo considerando que dicha institución no quedaría extramuros de la regulación estatutaria dedicada a la organización institucional de la Comunidad Autónoma (título IV EAA). Por el contrario, la institución de mandatos quedaría ineluctablemente ligada –como una pieza más– al sistema político que regula el EAA, en el que se insertan los capítulos destinados a la regulación del Parlamento de Andalucía

(cap. III), Presidente de la Junta (cap. III) y el Consejo de Gobierno (cap. IV) y las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno (cap. V). Más allá de lo anterior, difícilmente puede hacerse abstracción de que en dicho sistema se inserta, asimismo, la normativa electoral.

Proponemos el siguiente ejemplo para comprender hasta qué punto es necesario examinar el problema desde esa concepción global o sistemática. Nos referimos a lo antes dicho sobre la elección directa o de segundo grado del Presidente y de los miembros del Consejo de Gobierno, de la que se han extraído consecuencias para concluir que una ley ordinaria podría regular la limitación de mandatos, dada la operatividad más limitada que en este tipo de elección posee el artículo 23.2 de la Constitución. Pues bien, aunque formalmente no existe una elección directa del Presidente de la Junta de Andalucía, los mecanismos electorales de las elecciones al Parlamento de Andalucía permiten visualizar que al mismo tiempo que se vota una lista se está votando al potencial candidato a Presidente.

Lo expresa certeramente uno de los Catedráticos de Derecho Constitucional que han expresado su opinión sobre la Proposición de Ley: el Presidente, dice, tiene una legitimidad democrática indirecta. «*Evidentemente, no ha sido elegido por el pueblo como un presidente en un régimen presidencialista, pero es verdad que, existiendo un sistema de lista cerrada y bloqueada, el ciudadano vota al partido y vota a un candidato a la presidencia de Gobierno, con lo cual hay un elemento de introducción del presidencialismo en la elección, en el fondo, autonómica o a Cortes Generales porque, en el fondo, se elige un partido y un candidato a la presidencia de Gobierno*».

Visto el problema desde el prisma individual, no cabe ignorar que las normas en cuestión son "limitativas" y vedan que determinadas personas puedan volver a ser elegidas para desempeñar la Presidencia de la Junta de Andalucía (nueva propuesta de redacción del art. 4 de la Ley 6/2006) o las Vicepresidencias y Consejerías (art. 22 de dicha Ley), con la salvedad, en este último caso, de que «*hayan transcurrido cuatro años desde la terminación de su último mandato*».

Ese plano de análisis no puede ser ignorado, pero no es el más determinante y ha pesado en exceso, desviando la atención del verdadero nudo gordiano del problema, aunque lo que finalmente se plantee –desde una u otra perspectiva– es el problema de la idoneidad del vehículo normativo y no tanto la bondad técnica de la norma o la viabilidad de una limitación de mandatos en la medida en que no tenga alcance retroactivo sea proporcionada y no dañe el principio de igualdad.

Nos referimos, en fin, a la idea de SISTEMA que está en la base de la hermenéutica jurídica, y en este caso exige considerar que la elección del Presidente de la Junta de Andalucía y la de las Vicepresidencias y Consejerías constituye una pieza fundamental del sistema político parlamentario delineado en la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

2. El problema del vehículo normativo (similar al planteado en

otros países). La Proposición de Ley conculca el Estatuto de Autonomía.

2.1. Sobre la naturaleza del Estatuto de Autonomía y su especial fuerza normativa o resistencia pasiva, en virtud de su configuración constitucional.

Como hemos adelantado, conviene efectuar unas breves consideraciones de Teoría de la Constitución que enmarcan el problema que, en el fondo, subyace en el objeto de la consulta. Y ésta no es otra que si un Estatuto de Autonomía, en este caso el de Andalucía, puede ser contradicho o alterado por una ley ordinaria del Parlamento de la propia Comunidad Autónoma.

Los cimientos del Estado Constitucional se basan en dos pilares esenciales: el principio de soberanía popular, donde se residencia el "poder constituyente", y la idea de la limitación del poder del gobernante, como "poder constituido". La consecuencia inmediata es que la Constitución se convierte en Ley Suprema como obra del poder constituyente, que es el pueblo soberano. De esta manera, el principio político de soberanía popular se erige en la fórmula jurídica de supremacía constitucional. La cláusula de cierre de todo este edificio teórico vendría impuesta por la capacidad del Tribunal Constitucional para declarar inaplicables y nulas las leyes contrarias a la Constitución. Si la Constitución procede del poder constituyente y es la Ley superior, todas las demás leyes estarán subordinadas a ella. Para postular que la Constitución fuera la Lex Suprema era necesario el establecimiento del principio de "rigidez" constitucional y la aparición de los mecanismos de reforma de la Constitución, como procedimiento agravado y distinto de la reforma de la legislación ordinaria.

Mientras que esta teorización fue claramente expuesta y aplicada en el constitucionalismo norteamericano, en la tradición europea, la distinción entre "poder constituyente" y "poder constituido" se difuminó con el liberalismo doctrinario, en el que la soberanía se concibe como pacto sinalagmático entre el monarca y el pueblo. La consecuencia inmediata fue que la supremacía constitucional dejaba de tener sentido y la Constitución, ahora flexible, se reformaba mediante una ley ordinaria. Nuestro constitucionalismo histórico del siglo XIX conoce abundantes ejemplos de ello.

Será después en el siglo XX, cuado con la universalización del sufragio, paulatinamente, las constituciones europeas se democraticen, generalizándose los conceptos de "supremacía" y "rigidez" constitucional, y los mecanismos de reforma de la suprema norma. De ello es un ejemplo paradigmático la Constitución española de 1978, norma procedente del poder constituyente que reside en el pueblo español, dotada de gran rigidez y que sólo es reformable a través de los procedimientos agravados previstos en el Título X de la propia Norma.

La misma lógica jurídica se traslada a los Estatutos de Autonomía, normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, cuya limitación estriba en que no pueden contradecir a la Constitución a la que se subordinan. Pero, en los demás atributos, cabe establecer, *mutatis mutandi*, una clara correspondencia

teórica y práctica. Así, el Estatuto de Autonomía procede del Poder Estatuyente, es una norma rígida y sólo puede ser reformado a través de los mecanismos previstos expresamente en el propio Estatuto, que para el caso de Andalucía se ubican en los artículos 248 a 250 del mismo, ambos inclusive. La adecuación de la legislación ordinaria emanada del Parlamento de Andalucía al propio Estatuto está sujeta a revisión por el Tribunal Constitucional, al integrar el Estatuto junto a la Constitución el llamado "bloque de la Constitucionalidad".

En efecto, estas afirmaciones concuerdan plenamente con la doctrina y con la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía, que destacan su especial rigidez en correspondencia con su condición de normas de cabecera del ordenamiento autonómico que concretan el ejercicio del derecho al autogobierno y actúan como instrumento normativo fundacional de la Comunidad Autónoma, determinando sus instituciones y forma de gobierno, organización y competencias. En este aspecto, nos remitimos a lo expuesto, entre otras, en la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FFJJ 6 y 9), destacando que los Estatutos se integran en el bloque de la constitucionalidad y son parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales, así como su especial rigidez y singular resistencia frente a otras leyes, por la función que los Estatutos desempeñan.

2.2. Pues bien, tal y como se destaca en el escrito de planteamiento de la consulta, algunos de los expertos comparecientes en la Comisión de Presidencia y Administración Local han expresado dudas sobre la constitucionalidad de la disposición legal que se tramita, y lo han hecho no sólo por la afectación del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, sino también porque la limitación de mandatos supone una «*alteración esencial de nuestro régimen parlamentario y de las relaciones del parlamento y del gobierno y de la facultad que tiene el Parlamento para producir, para elegir Gobierno*», por lo que dudan que dicha limitación pueda regularse por ley ordinaria.

En el mismo sentido, uno de los Catedráticos intervinientes señala que la limitación de mandatos de miembros del Consejo de Gobierno alteraría una pieza esencial del régimen parlamentario, que es la facultad discrecional que tiene el Presidente de la Junta y el Presidente del Consejo para elegir a sus Consejeros y para hacerlo con discrecionalidad absoluta, de modo que no tiene que rendir cuentas al Parlamento del nombramiento y cese de los Consejeros, todo lo cual se relaciona con el procedimiento de investidura en el que el Parlamento otorga su confianza al candidato a la Presidencia sobre la base de un programa de gobierno (art. 118.3 EEA)

Subrayamos, pues, que la idea de sistema lleva a considerar la elección del Presidente de la Junta de Andalucía y de la de los miembros del Consejo de Gobierno como una pieza armónicamente relacionada con las demás que componen el modelo ínsito en el Estatuto de Autonomía, el llamado "sistema parlamentario racionalizado", cuyos rasgos se han generalizado en las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que las reformas estatutarias hayan introducido elementos cuyo origen se

asocia a formas de gobierno presidencialistas. Un modelo que, en caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, parte del artículo 152.1 de la Constitución:

«*En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea…*»

Bajo estas premisas, adelantamos ya que la Proposición de Ley incurriría en inconstitucionalidad, pero no por colisionar con el artículo 152.1 de la Constitución. En efecto, en este punto discrepamos de la opinión de algunos expertos que han comparecido en sede parlamentaria señalando la existencia de un problema constitucional para aprobar la limitación de mandatos que se postula. En concreto, nos referimos a la opinión que expresa que el artículo 152 de la Constitución establece las líneas generales de las instituciones de autogobierno de aquellas Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 y precisa, entre otras cosas, que el presidente será elegido por la asamblea de entre sus miembros. Según esta opinión, esto significa que nadie que no sea miembro de la Cámara podría ser elegido Presidente de la Junta, lo cual es evidente. Pero también significaría, desde su punto de vista, que todo el que sea elegido miembro de esta Cámara tiene derecho a ser elegido Presidente de la Junta ("la única condición de elegibilidad para ser Presidente de la Junta"), y de ese modo estaría excluyendo la posibilidad de regulación de la limitación de mandatos en el Estatuto de Autonomía.

A juicio de este Consejo Consultivo la lectura del artículo 152 no aboca a dicha conclusión, sino que debe cohonestarse con el principio de autonomía, y la capacidad de la Comunidad Autónoma para desarrollar la previsión constitucional. Dada la doble vertiente material desde la que se aborda el problema (esto es, incluyendo la virtualidad siquiera sea modulada del art. 23.2 de la Constitución), consideramos que el Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, que entre otras materias debe contener la organización de las instituciones autónomas propias (art. 147 CE) permite regular la limitación de mandatos del Presidente de la Junta de Andalucía sin que ello se oponga a lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución. Tal y como se indica en la proposición de Ley, la propia Constitución reconoce que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre «*Organización de sus instituciones de autogobierno*» y así lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Andalucía. Precisamente por ello la exposición de motivos de la norma

menciona lo dispuesto en el artículo 46.1ª del EEA ("instituciones de autogobierno"), que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno.

Con esto no afirmamos que el Estatuto de Autonomía y, en su caso, las normas legales a las que remita, pueda efectuar cualquier regulación en esta materia, ya que no cabría en ningún caso una limitación de mandatos que desvirtuara el diseño básico institucional que realiza en el artículo 152.1 de la Constitución, pero si alguna norma puede acometer la regulación es, precisamente, el Estatuto de Autonomía.

Lo que muestra el análisis de Derecho comparado que hemos realizado es que la limitación de mandatos se concibe como una pieza esencial del sistema político que no puede regularse por el legislador ordinario. Volviendo sobre esta cuestión, a mayor abundamiento, damos cuenta de la problemática generada en EEUU por el hecho de que determinadas limitaciones de mandatos fueron establecidas por los Estados sin previo fundamento constitucional.

Tal y como reflejan los estudios sobre el particular, en EEUU diversos Estados tienen prevista la limitación de mandatos en sus Constituciones. Por falta de respaldo, dos Estados han derogado su regulación sobre la limitación de mandatos (IDAHO y UTAH). Cuatro Estados han visto anuladas su regulación (basada en una iniciativa legislativa popular), por el Tribunal Supremo respectivo. En el caso de Massachusetts, Washington y Wyoming, los tribunales consideraron que la regulación cuestionada opera una modificación de la cualificación de las personas para ejercer un cargo, por lo que ésta debe reflejarse en la Constitución, de modo que dichas leyes se declararon inconstitucionales. La de Oregón fue declarada inconstitucional por una cuestión formal.

Por su interés, traemos a colación –*mutatis mutandis*– el resumen realizado de dichos casos:

- Estado de Washington [*Gerberding v. Munro*, 134 Wash. 2d 188, 191-193 (1998)]. En 1998, el Tribunal Supremo de Washington declaró inconstitucional la iniciativa 573. Esta ley se aprobó en 1992 y prohibía a ciertos cargos federales y estatales activos presentar su candidatura y aparecer en las papeletas de voto. El Tribunal declaró que la iniciativa establecía de forma explícita la "no-actividad" como una "cualificación" para la carrera política [*Gerberding*, 143 Wash. 2d at 201]. Consecuentemente, como la iniciativa 573 fue una iniciativa legislativa y no una enmienda a la Constitución de Washington, el Tribunal lo declaró «*un intento inapropiado de añadir cualificaciones a los cargos constitucionales…*» (Id. P. 211)

- Estado de Massachussetts [*League of Women Voters of Mass v. Secretary of the Commonwealth*, 425 Mass. 424, 424 (1997)]. El Tribunal Supremo de Massachussetts anuló en 1994 la iniciativa titulada *Question 4* «*que pretendía limitar el número de mandatos consecutivos en los que un cargo podía aparece en… papeletas… y eliminar pagas, beneficios y privilegios de ciertos cargos si eran reelegidos tras detentar ese cargo durante varios*

mandatos consecutivos». De nuevo, al establecerse los límites a través de una ley, se declaró inconstitucional. El Tribunal señaló las diferencias entre las iniciativas legislativas y las iniciativas para el cambio constitucional, que estriban en la acción legislativa (Id. P. 431). De hecho, previamente, «*en 1992 se intentó establecer la limitación de mandatos a través de una enmienda constitucional que fracasó porque el pleno de la Asamblea Legislativa rechazó aprobarla, como establece la Constitución*». En consecuencia, como en el proceso de iniciativa legislativa no requiere la aprobación del pleno, entra en conflicto con el proceso de enmienda descrito explícitamente en la constitución estatal (Id. P. 432).

- **Estado de Wyoming** [*Cathcart v. Myer*, 88 P.3d 1050, 1067 (Wyo, 2004)]. En 1992, se aprobó la Iniciativa 2, que limitaba los mandatos de los cargos estatales y federales. Utilizando argumentos similares a los anteriores, el Tribunal Supremo de Wyoming concluyó «*los derechos inherentes y reservados del pueblo no incluyen, de acuerdo con esta Constitución, el derecho de aprobar a través de iniciativa una ley que no pueda sancionar la Asamblea Legislativa*» (Id. P. 1068). De acuerdo con esto, el Tribunal argumentó que la Constitución establecía claramente que ninguna ley, aprobada por el legislador o por iniciativa popular, puede imponer condiciones al derecho de desempeñar un cargo público, por lo que la iniciativa fue declarada inconstitucional. Finalmente, el Tribunal concluyó «*el hecho de que un 77 % de los votantes estuvieran a favor de una medida particular, no hace que dicha medida sea constitucional. O vivimos de acuerdo con un gobierno constitucional o no*». (Id. P. 1067-1068).

- **Estado de Oregón** [*Lehman v. Bradbury*, 33 Or. 231,233 (2002)]: La Term Limit Initiative se aprobó en 1992 y contenía dos disposiciones clave. Una de las disposiciones establecía los límites de los mandatos de los cargos políticos y de los legisladores estatales y la otra, de los representantes en el Congreso por Oregón. El Tribunal Supremo de los EEUU ya había declarado inconstitucional las imposiciones estatales acerca de la cualificación de los cargos federales. Además, el Tribunal Superior de Oregón declaró inconstitucional (Id. P. 239) la iniciativa por una cuestión procedimental, ya que en la misma iniciativa incluyeron la limitación de mandatos federales y estatales, pese a que existe un requisito constitucional de que se trate sólo un asunto por iniciativa.

3. El silencio del EAA en la materia no es tal: la falta de previsión de la limitación de mandatos no responde a una preterición del problema por el Estatuyente.

Buena parte de las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de la Proposición de Ley lo han sido porque el legislador acomete la tarea de limitar los mandatos del Presidente de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno constatando que el EAA guarda silencio sobre la materia.

En este contexto se estima que el EAA no veda la limitación de mandatos, por lo que podría entenderse que la limitación tiene respaldo y simplemente se lleva a cabo en la ley prevista en el

artículo 121 del Estatuto de Autonomía que dispone lo siguiente: «*El régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros será regulado por ley del Parlamento de Andalucía, que determinará las causas de incompatibilidad de aquéllos. El Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna*».

Sin embargo, la institución de la limitación de mandatos ni es técnicamente un supuesto de incompatibilidad, ni responde al ámbito material que el EAA atribuye a dicha Ley.

Pero sobre todo se parte de una premisa inexistente, porque el silencio en este punto no es una preterición del Estatuyente, que habría dejado imprejuzgada la cuestión. Por el contrario, no hay tal silencio, la cuestión de la limitación de mandatos fue abordada durante la tramitación del vigente Estatuto de Autonomía.

Como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 15/2000, de 20 de enero (FJ 7), los antecedentes propios de la tramitación y los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación de las disposiciones constitucionales (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2; 53/1985, de 11 de abril, FJ 5; 108/1986, de 29 de julio, FJ 13) y de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad (SSTC 68/1996, de 4 de abril, FJ 10; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 5). En este caso, los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía son concluyentes y no dejan lugar a dudas sobre el significado del aparente silencio del Estatuto sobre la limitación de mandatos.

En este sentido nos remitimos a la enmienda de adición núm. 508, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía (BOPA núm. 409, de 11 de marzo de 2006, pág. 23.161), en la que se postulaba la inclusión de un inciso en el artículo 106 de la propuesta de reforma, con la siguiente redacción:

«*No podrá ocupar el cargo más de dos mandatos consecutivos*.»

Dicha enmienda, formulada con el argumento de la necesidad de profundizar en la calidad democrática, fue rechazada.

Del mismo modo, fue rechazada una enmienda de adición núm. 681, presentada por el Grupo Popular de Andalucía. En concreto, la enmienda postulaba la introducción de un nuevo artículo 124 bis 14 (BOPA núm. 409, de 11 de marzo de 2006, pág. 23.201) con el siguiente tenor literal:

«*La Presidencia de la Junta de Andalucía tiene limitado su mandato a dos legislaturas consecutivas*.»

Dicha enmienda se justificó también alegando la necesidad de «*mejora de la calidad democrática y garantía del cumplimiento del Estado de Derecho*».

Los debates al respecto no dejan lugar a dudas (DSPA 81/VII Legislatura de 2 de mayo de 2006), pese a que los representantes del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, Grupo Parlamentario Andalucista y Grupo Parlamentario Popular consideran la

limitación de mandatos como una cuestión nuclear en la línea de mejora de la calidad de la democracia, y el representante del Grupo Parlamentario Popular subraya que «*todos, menos el partido en el Gobierno, estamos de acuerdo en que es buena una limitación de mandatos para evitar que una misma persona se perpetúe en un cargo público*», lo cierto es que las referidas enmiendas fueron rechazadas.

Por tanto, la tramitación parlamentaria de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía no deja lugar a dudas. Se planteó en sede adecuada la limitación de mandatos y fue rechazada por el poder Estatuyente, de modo que es jurídicamente inviable que lo que fue expresamente rechazado por la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma puede introducirse por ley ordinaria.

En suma, por todo lo expuesto se considera que la «*Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*» incurre en inconstitucionalidad por vulneración del Estatuto de Autonomía y así podría ser declarado por el Tribunal Constitucional (artículo veintiocho, apartado uno, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Apreciado el vicio al que nos acabamos de referir y siendo de todo punto necesario que la limitación de mandatos se aborde en el Estatuto de Autonomía, no en términos de conveniencia, como han apuntado diversos expertos en la Comisión de Presidencia y Administración Local del Parlamento, sino en términos ineludibles de necesidad, no procede que el Consejo Consultivo se pronuncie sobre cómo podría articularse la disposición legal para obsequiar también, desde el punto de vista material, el principio de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 de la Constitución) y el principio de proporcionalidad.

CONCLUSIONES

Primera.- El artículo 152 de la Constitución no representa ningún obstáculo para que el EAA regule en el futuro la limitación de mandatos, si bien dicha regulación no podría llevarse nunca hasta el extremo de poner en cuestión o desvirtuar el diseño institucional básico que contiene dicho precepto constitucional.

Segunda.- El aparente silencio del vigente Estatuto de Autonomía en la materia no es tal. No existe laguna estatutaria. El poder estatuyente rechazó expresamente la limitación de mandatos del Presidente de La Junta de Andalucía durante la tramitación de la Propuesta de Reforma de dicho Estatuto.

Tercera.- La limitación de mandatos que se incorpora en la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la «*modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*», no es jurídicamente viable, porque dicha limitación ha de estar forzosamente contemplada en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de que éste pudiera remitir el desarrollo de dicha limitación al legislador autonómico, enmarcando los términos de la futura regulación. La tramitación de la Proposición de Ley analizada, incurre

en inconstitucionalidad indirecta por vulneración del Estatuto de Autonomía y así podría ser declarado por el Tribunal Constitucional (artículo veintiocho, apartado uno, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

VOTO PARTICULAR que formula el Consejero Sr. Gutiérrez Rodríguez, y al que se adhiere el Consejero Sr. Sánchez Galiana.

Con el debido respeto a la opinión de los cuatro miembros de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía que han decidido votar a favor del texto del dictamen, quienes mostramos nuestra discrepancia en este voto particular entendemos que existen fundadas razones para no haber admitido a trámite la solicitud de dictamen formulada por el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local. Y, en todo caso, deseamos mostrar nuestro más absoluto desacuerdo, tanto con el contenido del dictamen, con buena parte de sus razonamientos y afirmaciones, como con la conclusión a la que finalmente llega.

Sobre la admisión a trámite de la consulta.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, están facultados única y exclusivamente para recabar el dictamen de este Consejo «*el Presidente de la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros. Corresponde a los Presidentes de las Entidades Locales de Andalucía solicitar el dictamen del Consejo Consultivo en los supuestos previstos en la legislación vigente. En el caso de las Universidades la petición la realizará el Rector correspondiente y en el caso de otras Corporaciones u Organismos Públicos quien ostente su representación*». El elenco de autoridades legitimadas para formular consultas al Consejo es pues muy reducido, y lo es más aún en el caso de las llamadas consultas facultativas, dado que el Reglamento del Consejo Consultivo de Andalucía (en adelante RCCA) en su artículo 8 precisa que «*Sin embargo, no podrán ser formuladas al Consejo consultas facultativas por aquellas entidades y organismos a los que la Ley del Consejo sólo reconoce la facultad de consultar en los casos previstos por las leyes*».

Como puede comprobarse, a diferencia de lo que ocurre en algunas otras Comunidades Autónomas (es ilustrativo al respecto el dictamen 46/2013 del Consejo Consultivo de Extremadura), ni el Parlamento de Andalucía, ni ninguno de sus órganos están legitimados para formular consultas al Consejo Consultivo de Andalucía, por lo que cualquier solicitud con tal procedencia debería ser rechazada ad limine.

Es cierto que nos encontramos aquí con una petición de dictamen formalmente formulada por el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local, pero de su propio contenido se deduce que, en realidad, el sujeto consultante –pues es el único que expresa y trata de fundamentar una posible controversia jurídica– es el Grupo Parlamentario Socialista, que no se encuentra legitimado, como acabamos de demostrar, para formular consulta alguna al Consejo Consultivo de Andalucía.

Esta realidad no puede ser obviada por el dictamen, limitándose a constatar el cumplimiento formal –en este aspecto– de nuestra normativa reguladora, puesto que con tal proceder se está amparando un auténtico fraude de ley. Así lo dispone el artículo 6.4 del Código Civil: «*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*».

Lo que aquí se ha admitido a trámite por el Presidente de Consejo Consultivo de Andalucía –pues a él corresponde tal decisión conforme al artículo 65 del RCCA– constituye un claro ejemplo de lo que podría considerarse un fraude de ley, porque no puede quedar al arbitrio del Vicepresidente del Gobierno de la Junta de Andalucía, del Consejero de la Presidencia y Administración Local, o de cualquiera de las autoridades autonómicas o locales legitimadas para formular consultas, el ejercicio de esta facultad en cuestiones que no pertenecen al ámbito de sus competencias o decisiones, abriendo así la vía del Consultivo, no ya a cualquier órgano parlamentario, sino, por ese mismo principio de razonamiento, a cualquier entidad pública o privada, o incluso a cualquier ciudadano particular, siempre que plantee una cuestión sobre la que convenga que el máximo órgano de asesoramiento jurídico de Andalucía se pronuncie (o, por si no se ha entendido bien, sobre la que sea conveniente un determinado pronunciamiento del Consejo Consultivo de Andalucía que justifique posteriormente determinadas actuaciones –véase el voto particular al dictamen 200/2015–).

El dictamen, sin embargo, trata de justificar la admisión a trámite de la presente consulta facultativa acudiendo al dictamen 72/2006, que se pretende hacer valer como precedente, en el que este Consejo dictaminó una iniciativa legislativa parlamentaria, la "Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía", tras la solicitud formulada por el Ejecutivo autonómico. Un caso que, a mi juicio, presenta muy notables diferencias con el que ahora nos ocupa:

- Con motivo de la Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía fue el Parlamento de Andalucía quien convino con el Consejo de Gobierno que solicitara el dictamen del Consejo Consultivo, una vez que se había decidido tramitar la reforma, no como anteproyecto, lo que hubiese garantizado el dictamen preceptivo de este Consejo, sino como proposición. Ahora, a diferencia de ese caso que pretende usarse como precedente, un único Grupo Parlamentario –en rigor, un portavoz adjunto–, que no representa siquiera a la mitad de la Cámara, ha pedido por escrito en sede parlamentaria que el Parlamento requiera al Consejo de Gobierno la solicitud de dictamen, sin que tal escrito haya sido aprobado por el Parlamento, que se ha limitado a poner en conocimiento del Ejecutivo su existencia, y que ha sido utilizado para formular la consulta al margen de la voluntad del Parlamento.

Además, en aquel caso fue el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía quien en su reunión de 9 de febrero de 2006 adoptó el acuerdo de solicitar el

dictamen. Ahora, no existe tal acuerdo por parte del Consejo de Gobierno, sino exclusivamente la solicitud de uno de sus miembros.

En el dictamen 72/2006 fue el Pleno del Consejo Consultivo de Andalucía quien se pronunció sobre el asunto sometido a consulta, por estar así previsto por el artículo 20, párrafo tercero, del RCCA «*cuando la importancia del asunto lo requiera*». En éste ha sido la Comisión Permanente, y no el Pleno, quien ha emitido el dictamen. Y ni siquiera ha considerado oportuno el Presidente –conocedor de la materia– asumir o formar parte personalmente de la Ponencia, como sí hizo en aquella ocasión.

Y, por último, también resulta trascendente el hecho de que la "Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía" era una iniciativa parlamentaria autonómica que tenía que ser conocida y decidida posteriormente por las Cortes Generales, mientras que ahora nos encontramos con una simple proposición de ley registrada por un grupo parlamentario de la oposición, calificada favorablemente y admitida a trámite por la Mesa de Cámara y sobre la que el Consejo de Gobierno no ha expresado, habiendo tenido la oportunidad para ello, su criterio contrario a la toma en consideración.

En resumen, la "Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía" que motivó el dictamen 72/2006 era una iniciativa verdaderamente extraordinaria, mientras que ahora nos encontramos con el ejercicio ordinario de la iniciativa legislativa por parte de un grupo parlamentario; como ordinario ha sido el tratamiento que ha dado este Consejo al expediente.

No son, por tanto, en absoluto comparables la consulta formulada por el Consejo de Gobierno que motivó el dictamen 72/2006 –ni ninguna otra que pudiera encontrarse repasando la doctrina del Consejo– y la que ahora firma el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local, sin mediar siquiera un acuerdo parlamentario, y que ha dado como resultado el presente dictamen.

Ello debería haber llevado, sin duda, al Presidente de este Consejo a inadmitirla, so pena de crear, ahora sí, un nefasto precedente que pone en tela de juicio tanto el principio de separación de poderes como las reglas de juego parlamentario, y, en consecuencia, que menoscaba las más elementales garantías democráticas que deben existir en cualquier Comunidad Autónoma, y sitúa al Consejo Consultivo de Andalucía en una posición de vulnerabilidad ante la instrumentalización política de la institución que en nada beneficia a la función estatutaria que está llamado a cumplir.

Con la admisión a trámite de esta consulta facultativa se corre el riesgo de abrir a partir de ahora una vía para que la minoría mayoritaria –en principio ella, salvo que la Administración autonómica decida cursar las peticiones de todos los grupos parlamentarios e incluso de los Diputados no adscritos– solicite, con apariencia de legalidad y neutralidad, el auxilio de este órgano consultivo para travestir de justificaciones

técnico-jurídicas las –legítimas, por supuesto– posiciones políticas.

Las palabras de la Portavoz en la Comisión del Grupo Parlamentario Socialista, reflejadas en el Diario de Sesiones del Parlamento andaluz, son suficientemente reveladoras sobre cuál ha sido el propósito de solicitar el dictamen de este órgano consultivo: «*Parece un poco, todas, todas las comunidades autónomas habían, tenían un previo dictamen del Consejo Consultivo, unos favorables, otros negativos, dependiendo de cuál era la postura que se buscaba pero, por eso le decía, que, claro, bueno, parece conveniente que Andalucía tenga el suyo*» (DS, Comisión de Presidencia y Administración Local, núm. 334, de 24 de abril de 2017, pág. 35).

Sin embargo, conviene recordar que cuando otros órganos consultivos autonómicos se han pronunciado sobre este mismo asunto lo han hecho porque se trataba de iniciativas legislativas del Gobierno o porque el Ejecutivo deseaba conocer un parecer general sobre la materia, es decir, no para enjuiciar en sede no parlamentaria las iniciativas parlamentarias de la oposición:

Así, el Consejo Consultivo de Extremadura se pronunció en su dictamen 534/2013 sobre un anteproyecto de ley; al igual que el Consejo Consultivo de Castilla y León, en su dictamen 164/2016.

Por su parte, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el dictamen 44/1997, se pronunció sobre una consulta de oportunidad; y, de igual modo, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, dictamen 45/2014, sobre una consulta facultativa, previa a la elaboración de la oportuna iniciativa legislativa.

En cambio, no se pronunció el Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la Ley 7/2014, de 21 de noviembre, de modificación de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, porque tenía su origen en una proposición de ley (8L/PPL-0038).

Por tanto, la opinión de este Consejo Consultivo no puede ser recabada por el Ejecutivo andaluz por el simple hecho de que un Grupo Parlamentario considere, con apoyo –o sin él– en las manifestaciones de alguno o algunos de los llamados a comparecer en el trámite de agentes sociales, que una iniciativa de la oposición puede ser inconstitucional. ¿O también cuando un grupo parlamentario de la oposición considere que un decreto-ley –que nunca son objeto de dictamen– es inconstitucional va a poder obtener un pronunciamiento de este Consejo, solicitado diligentemente por la Administración autonómica, o, por qué no, por una Administración local? Desde luego debería ser merecedor de la misma respuesta que se ha dado en esta ocasión, aunque ello supondría transformar de facto la Ley 4/2005, de 8 de abril, y la posición estatutaria de esta institución, atribuyéndole una nueva competencia que ni siquiera con una modificación legal debería serle atribuida. Pues, en mi opinión, el ámbito de la legalidad parlamentaria, es decir, de la adecuación al ordenamiento jurídico de las iniciativas registradas, debe corresponder, sin intromisiones ilegítimas, por mor de la separación de poderes, al Cuerpo de Letrados del

Parlamento de Andalucía –que tan magnífica labor realiza–, y no al órgano asesor del Consejo de Gobierno y de la Administración.

Los anteriores razonamientos bastarían para justificar la inadmisión de la consulta formulada y omitir cualquier pronunciamiento de este Consejo Consultivo sobre las cuestiones de fondo que se suscitan. Pero no debe dejar de destacarse que el escrito remitido por el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local ni siquiera justifica la especial trascendencia o repercusión del objeto de la consulta, lo que por sí mismo avocaría a la devolución del expediente.

Es preciso recordar la rigurosidad con la que el Presidente de este Consejo Consultivo –ya hemos mencionado que es quien decide sobre la admisión a trámite de los expedientes, *ex* art. 65 del Reglamento CCA– viene interpretando el requisito de la "especial trascendencia o repercusión", y su justificación en el escrito de petición; y de manera muy significa cuando quien solicita el dictamen es una Administración distinta a la autonómica. Un simple repaso a las páginas finales de las Memorias anuales del Consejo publicadas en su web permite comprobar sin dificultad lo que aquí se afirma.

Sin embargo, nos encontramos ahora con que el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local, no justifica en modo alguno en su escrito de petición cuál es la especial trascendencia o repercusión del objeto de la consulta para las decisiones que en estos momentos corresponda tomar a la Administración consultante. Dicho escrito se limita a decir lo siguiente: «*Con fecha de 23 de Mayo de 2017 se ha recibido notificación de la Secretaria General de Relaciones con el Parlamento de la decisión de la Mesa del Parlamento celebrada en sesión de 17 de mayo de 2017 que dice,*

"*La Mesa del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el día 17 de mayo de 2017, CONOCE Y TRASLADA A LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y AL CONSEJO DE GOBIERNO la siguiente documentación: '10-17/0AM-000046, Escrito solicitando que el Parlamento de Andalucía requiera al Consejo de Gobierno para que éste solicite informe jurídico del Consejo Consultivo de Andalucía para que informe sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a Modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (NRP 8117)*'.

Atendiendo al contenido del escrito cuyo texto se adjunta y a la trascendencia de las consideraciones que contiene y de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 4/2005, de 8 de abril.

Se solicita del Consejo Consultivo de Andalucía la emisión por el procedimiento de urgencia del informe requerido.»

No realiza la Administración consultante el menor esfuerzo argumental, ni incorpora siquiera al expediente, como es común, un informe de sus propios servicios jurídicos donde se pongan de manifiesto tanto las incertidumbres

legales que pudiera considerar, como el modo en que tales incertidumbres afectan a las decisiones que deba, o estime pertinente, tomar la Administración: por ejemplo, si la iniciativa se hubiese convertido ya en Ley y estuviese considerando interponer frente a ella –con desconocimiento de la STC 223-2006– un recurso de inconstitucionalidad (cuyo dictamen sería preceptivo a tenor de lo previsto en el artículo 17.4° de la Ley 4/2007, de 8 de abril).

La Administración consultante se limita a trasladar, a servir de correa de transmisión, de un escrito –traslado a su vez sin ningún posicionamiento ni argumento por el Parlamento de Andalucía– de un grupo parlamentario que, como ya hemos expresado, debe ser considerado como el verdadero órgano consultante.

Es cierto que el artículo 18 de la Ley 4/2005 se limita a señalar que «*Podrá recabarse el dictamen del Consejo Consultivo en aquellos asuntos no incluidos en el artículo anterior, que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran*». Pero el artículo 8.2, párrafo segundo, del RCCA dispone que «*En todo caso, podrá formularse consulta facultativa cuando, a juicio del órgano consultante, el asunto lo requiera por su especial trascendencia o repercusión, debiendo quedar estos extremos debidamente justificados en la petición*»; y el artículo 63.2 del RCCA que «*En el supuesto de dictámenes facultativos, junto a la justificación de la especial trascendencia o repercusión del asunto, deberán concretarse con precisión los términos de la consulta*».

Por tanto, sin entrar ahora en si el asunto tiene especial trascendencia o repercusión, lo cierto es que esa falta de justificación en el escrito de petición es motivo suficiente habitualmente para devolver el expediente a la Administración, pues no puede suplir este Consejo una tarea que sólo al órgano consultante le compete, ni puede éste remitirse a la justificación efectuada por un tercero que no se encuentra legitimado para formular la consulta.

No obstante, si analizamos el referido escrito del Grupo Parlamentario Socialista, tampoco encontramos una justificación de la especial trascendencia y repercusión de la consulta, sino tan sólo una justificación de la consulta; ya que la consulta consiste precisamente en el deseo de conocer cuál es la trascendencia o repercusión (alcance real) de aprobar una norma que se considera contraria al Estatuto de Autonomía:

«*CUARTO.- Habida cuenta que resulta indispensable: conocer el alcance real que supondría aprobar una norma ordinaria sin la habilitación estatutaria necesaria para ello que limite mandatos, por la posible inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta las competencias atribuidas al Consejo Consultivo de Andalucía como superior órgano consultivo del conjunto de las Administraciones Públicas, y en virtud de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, el Decreto 89/1994, de 19 de, abril y el Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, interesamos se requiera al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para que se dirija al citado Consejo para que informe sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley que modifica la Ley de Gobierno de la Junta de Andalucía.*

QUINTO.- Con el presente escrito el Grupo Parlamentario Socialista viene a advertir sobre la posible inconstitucionalidad de la citada Proposición de Ley y de la necesidad de que el Consejo Consultivo de Andalucía se pronuncie.»

Así pues, aunque, según el título del escrito del Grupo Parlamentario Socialista, lo que se procura es que este Consejo Consultivo «*informe sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009*», según su contenido lo que se pretende es, en cambio, «*conocer el alcance real que supondría aprobar una norma ordinaria sin la habilitación estatutaria necesaria*». Es decir, tanto el escrito del Grupo Parlamentario Socialista como el de petición de dictamen que a él se remite, en lugar de justificar la trascendencia o repercusión lo que hacen es preguntar por ella.

No merece mayor comentario el hecho de que dicho escrito confunda cuál es la Ley que regula actualmente al Consejo Consultivo de Andalucía (que es la Ley 4/2005, de 8 de abril, y no la Ley 8/1993, de 19 de octubre); cite un Decreto ya derogado como es el Decreto 89/1994, de 19 de abril; o considere que, como el Consejo Consultivo es el superior órgano consultivo del conjunto de las Administraciones Públicas, también lo es indirectamente del Parlamento de Andalucía y de sus órganos. Pero sí debemos insistir en que no recae sobre el Consejo, sino sobre el órgano consultante, el deber de justificación de la especial trascendencia o repercusión y la conexión entre el objeto de la consulta y el ámbito de actuación del órgano consultante (el inciso "a su juicio" del artículo 18 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, conduce a exigir necesariamente esta conexión). Y en este sentido, ni el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local efectúa tal tarea, ni puede darse por válida a estos efectos la que –por sustitución– realiza esta vez el dictamen:

«*...atañe a aspectos nucleares del sistema parlamentario configurado en el Estatuto de Autonomía de conformidad con la Constitución Española [...] Basta con señalar que la limitación del mandato de los presidentes y miembros del ejecutivo figura en los programas electorales de algunos partidos políticos, y según sondeos de opinión recientemente publicados es percibida por los ciudadanos como una medida positiva de regeneración democrática; medida que ha sido acogida en determinados pactos de legislatura en orden a su desarrollo, y se ha plasmado normativamente o está en vías de serlo en determinadas Comunidades Autónomas*».

Porque, con independencia de la trascendencia o repercusión que pueda tener –especialmente para quien en estos momentos ocupa la Presidencia de la Junta de Andalucía– la modificación normativa que se plantea, no se alcanza a comprender –ni las explicita la Administración, ni las aventura el Consejo– qué decisiones o actuaciones del órgano formalmente consultante estarían pendientes del resultado de la consulta: no estamos siquiera en el trámite en el que el Consejo de Gobierno puede manifestar su criterio con respecto a la

proposición de ley antes de su toma en consideración.

Sí se conoce, en cambio, la decisión del órgano realmente consultante, el Grupo Parlamentario Socialista, que está pendiente del resultado de la consulta: el posicionamiento durante lo que queda de tramitación, y en la votación final, de la Proposición de Ley relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y es posible que dicho Grupo –y quizás algún otro– espere encontrar en un dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía –a la cita anterior del Diario de Sesiones me remito– la justificación jurídica que le permita no tener que hacer una defensa política de su posición frente a la limitación de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno.

Por ello, para evitar ser utilizado como avalista por las formaciones políticas, el Consejo Consultivo debería haber sido muy escrupuloso a la hora de valorar la conexión entre el objeto de la consulta y las actuaciones que pretende llevar a cabo el órgano legitimado para formularla: es decir, no puede limitarse a apreciar si la cuestión tiene en sí misma una especial trascendencia o repercusión, sino si la tiene para el ejercicio de las funciones legalmente atribuidas a quien formula la consulta. Porque la misma trascendencia y repercusión *per se* tendría una consulta sobre la limitación de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno formulada por el Presidente de cualquier Mancomunidad, y nadie puede pensar que hubiese sido admitida a trámite.

¿Quiere todo lo anterior decir que la Administración autonómica no puede formular una consulta, como se ha hecho en otras Comunidades Autónomas, sobre la viabilidad jurídica de limitación de mandatos de los más altos cargos de la Administración? Evidentemente que puede, pero no cualquier consulta, como la que ha realizado en este caso –sin duda mal asesorado– el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local. En el mundo del Derecho no todo vale para llegar al fin pretendido, pero, como suele decirse, siempre que el fin sea legítimo, puede alcanzarse lo que se pretende si se encuentra la vía adecuada para hacerlo.

Así, el Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local podría haber formulado una consulta, preceptiva en ese caso, para un Anteproyecto de Ley sobre la limitación de mandatos que estuviera tramitándose por la Administración autonómica.

Podría, de igual modo, haber solicitado el dictamen del Consultivo, también de manera preceptiva, con carácter previo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a una ley del Parlamento de Andalucía que estableciera la mencionada limitación de mandatos, como, por ejemplo, la que en estos momentos se debate en sede parlamentaria si llegara a aprobarse (aunque la respuesta de este Consejo debería ser en ese caso conforme con la STC 223/2006).

Y podría, incluso, haber formulado una consulta facultativa, como se hizo en el Principado de Asturias, para conocer el

parecer sobre la limitación de mandatos de su máximo órgano de asesoramiento jurídico, pero formulada en términos abstractos, no como una suerte de recurso previo de inconstitucionalidad –previo incluso a la aprobación– frente a las iniciativas parlamentarias, sino de cara iniciar, o no, la tramitación de un Anteproyecto de reforma del Estatuto o de un Anteproyecto de ley. Podría, a título de ejemplo, de no existir la proposición de ley que en estos momentos se debate en sede parlamentaria y justificando para la adopción de qué decisiones precisa el asesoramiento de este Consejo, haber formulado una consulta en la que preguntara si existe algún impedimento constitucional para que el legislador pueda regular para el ámbito autonómico la limitación de mandatos de la Presidencia y de los restantes miembros del Consejo de Gobierno y, si no existiera tal impedimento constitucional, en qué tipo de norma podría contenerse su regulación (obviamente referidas ambas casos al ámbito territorial de Andalucía).

Sin embargo, la consulta que se ha formulado es bien distinta. Es más, el escrito de petición ni siquiera concreta con precisión –como exige el artículo 63.2 RCCA– los términos de la pregunta, sino que «*Se solicita del Consejo Consultivo de Andalucía la emisión por el procedimiento de urgencia del informe requerido*»: requerido por el Grupo Parlamentario Socialista, que lo que requiere es el pronunciamiento sobre una proposición de ley presentada por un Grupo Parlamentario de la oposición, que superó la fase de toma en consideración con el apoyo unánime de toda la Cámara en diciembre de 2016 y que avanza en su tramitación parlamentaria.

Dicho esto, y constatada la improcedencia de la admisión a trámite de la consulta formulada, lo procedente sería acabar aquí el voto particular sin más pronunciamientos. Porque, además, debemos ser conscientes de la nula repercusión jurídica que en sede parlamentaria puede tener un dictamen del Consejo Consultivo, que si no es vinculante para quien lo solicita, menos puede serlo aún para quien no lo ha solicitado: la autoritas que debe merecer para la Administración –que, sin embargo, en numerosas ocasiones se aparta de nuestras conclusiones– no es la que está obligado a reconocerle el Parlamento. Tal vez no sea la estricta repercusión jurídica, sino la político-mediática la que se busque, pero con ese propósito no debería ser utilizado este Consejo.

No obstante, entendiendo el legítimo interés del Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local en conocer la opinión de los miembros de este Consejo Consultivo sobre la materia objeto de controversia, y pese a que un mal asesoramiento le ha llevado a plantear la consulta en unos términos y en un momento que la hacen improcedente, estimo que los principios que rigen la relación entre administraciones (fundamentalmente los de colaboración y lealtad institucional) justifican en este caso que haga una serie de consideraciones sobre el fondo del asunto. Pero, eso sí, sobre el fondo del asunto de la consulta que, en otro momento, podría haber planteado, y no sobre la que ha remitido a este Consejo.

Sobre el fondo del asunto

Debo comenzar destacando, por lo ya manifestado, que no voy a efectuar ninguna consideración sobre la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ni sobre su contenido, ni sobre su constitucionalidad, ni sobre su técnica legislativa, ni, por supuesto, sobre su oportunidad.

Y trataré, así mismo, de hacer el menor número de referencias posibles al contenido del dictamen, aunque, como es lógico, tendré en ocasiones que recordar lo que en él se expresa para rebatir los argumentos que no comparta. Y ello pese a que considero que se ha tratado de cubrir con una abrumadora crónica histórica –que no análisis de derecho comparado– la parquedad de la fundamentación jurídica. Crónica histórica en la que, por cierto –tómese esto como una mera anécdota–, se echa en falta, por ejemplo, la cita del artículo 71 de la Constitución argentina de 24 de diciembre de 1826, que disponía que «*El Presidente durará en su cargo por el término de cinco años, y no podrá ser reelecto a continuación*».

Me centraré, por tanto, en responder única y exclusivamente a esos hipotéticos interrogantes que con anterioridad planteaba, esperando con ello enriquecer el debate que una cuestión como esta suscita.

Si existe algún impedimento constitucional para que el legislador pueda regular para el ámbito autonómico la limitación de mandatos de la Presidencia y de los restantes miembros del Consejo de Gobierno.

Debemos partir del hecho de que lo que se persigue es la regulación de la limitación de mandatos para el ámbito autonómico, por lo que las consideraciones y conclusiones que puedan extraerse de este enfoque no tienen por qué ser necesariamente extrapolables al ámbito nacional. Pueden existir otros preceptos constitucionales que avoquen –o no– a una solución distinta, pero en lo que ahora nos interesa los artículos de la Constitución que entrarían en juego son los artículos 23.2, 53.1, 81.1, 147.2 y 152.1 CE.

Ciertamente, algunos autores han sostenido, y en ello han coincidido tres de los nueve comparecientes –ocho de manera presencial y uno mediante la remisión de un escrito– en el trámite de agentes sociales, que limitar los mandatos de los cargos públicos afecta al derecho fundamental recogido en el art. 23.2 CE, lo que obliga a considerar también el contenido de los arts. 53.1 y 81.1.

El artículo 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a «*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*». Es pues, el legislador, a través de lo que se conoce como configuración –para otros "mediación"– legal del derecho, quien debe establecer su marco delimitador (STC 161/1988), que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). El problema, por tanto, de la limitación de mandatos de los cargos públicos desde la perspectiva del art. 23.2 CE, no es tanto si puede llevarse a cabo o no por una norma con rango de ley, como si esa limitación incidiría

sobre lo que deba considerarse el contenido esencial del derecho. Porque parece fuera de toda discusión que el otro artículo constitucional que podría entrar en juego, el art. 81.1 CE, que obliga a regular mediante ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, resultaría de aplicación exclusivamente cuando se trate del desarrollo legislativo directo del derecho fundamental (STC 6/1982; 67/1985; 166/1987; 127/1994); razón por la cual, por ejemplo, las propias leyes electorales de las Comunidades Autónomas o los reglamentos parlamentarios pueden incidir sobre el derecho a acceder a los cargos públicos sin precisar ser leyes orgánicas.

Cuál sea el concreto contenido esencial de un derecho, que impediría la acción del legislador, es algo sometido habitualmente al debate doctrinal y jurisprudencial, por más que el Tribunal Constitucional haya tratado de resolver la cuestión desde la STC 11/1981 señalando dos caminos para identificarlo: acudir a la naturaleza jurídica del derecho, o al modo de ser concebido según ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho; y tratar de buscar lo que se ha venido en llamar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede sostenerse que impedir por ley a un ciudadano el acceso absoluto a un determinado cargo público incidiría sobre el contenido esencial de su derecho fundamental. Sin embargo, sí sería posible, en cambio, el establecimiento de determinados requisitos o condiciones para que un ciudadano pueda ejercer su derecho.
Así, sin ir más lejos, quienes somos Consejeros electivos de este Consejo Consultivo de Andalucía no podemos acceder al cargo público de Diputado autonómico, por impedirlo, mediante un supuesto de inelegibilidad, el artículo 4.3.b) de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía. Y a quienes hayan sido elegidos Consejeros electivos en dos ocasiones, el artículo 8, párrafo tercero, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, les impide volver a ser elegidos una tercera vez.

Quiero ello decir que los supuestos de inelegibilidad, o un tipo especial de ellos como los que impiden volver a ser elegidos, pueden ser establecidos por el legislador ordinario, sin ser necesaria la intervención del legislador orgánico, salvo que algún precepto constitucional así lo exija, como sería el caso del art. 81.1 CE para el régimen electoral general. Y tenemos, sin necesidad de salir de nuestra Comunidad Autónoma, suficientes ejemplos de cargos públicos a los que se les impide la reelección, bien sea para un segundo mandato (miembros del Consejo de Administración de la RTVA) o para un tercero (miembros del Consejo Audiovisual de Andalucía, Cámara de Cuentas o el ya citado de los Consejeros electivos del Consejo Consultivo de Andalucía –en cambio, el Presidente de este órgano es nombrado por Decreto de la Presidencia de la Junta, oído el Consejo de Gobierno, con carácter indefinido–).

Por tanto, hubiese sido sorprendente que el dictamen de la Comisión Permanente sostuviera que resulta contrario al artículo 23.2 CE establecer por ley

ordinaria limitaciones a la reelección de los cargos públicos, por lo que acaba considerando –al igual los restantes Consejos Consultivos que han podido pronunciarse sobre esta cuestión–, aunque se resiste a expresarlo con rotundidad, que el citado precepto constitucional no es obstáculo para el legislador, por lo que una ley aprobada por un parlamento autonómico que limitara la reelección en el cargo público de Presidente de la Comunidad no podría ser tachada, por ese motivo, de inconstitucional.

De hecho, el legislador no sólo está estableciendo requisitos para la reelección de algunos cargos públicos –el propio dictamen cita los ejemplos de varias Comunidades Autónomas–, sino para la elección misma, a través de exigencias de idoneidad y honorabilidad (Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), sin que se encuentren argumentos para sostener, *ex* artículo 23.2 CE, que el cargo de Presidente o Consejero de una Comunidad Autónoma como Andalucía debe tener un tratamiento diferenciado. La tradicional distinción subrayada por el Tribunal Constitucional entre cargos públicos y cargos públicos representativos no supone ningún obstáculo a esta consideración.

Las sentencias del Tribunal Constitucional 71/1989, 49/2008, o las habidas en relación con los senadores de designación autonómica desde la 41/1981, no hacen sino abonar esta conclusión, como también lo hace la STC 192/2012 en la que el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de valorar –aunque en vía de amparo– la consideración como causa de inelegibilidad para el cargo de Rector su ejercicio previo durante dos mandatos, lo que exime a este voto particular de prestar una mayor atención a la cuestión.

Asimismo, se ha apuntado por alguno de los comparecientes en la Comisión de Presidencia y Administración Local, que establecer en una Comunidad Autónoma la limitación de mandatos para la Presidencia o para los miembros del Consejo de Gobierno, tanto si se hace en el Estatuto de Autonomía, como si se lleva a cabo por el legislador autonómico, supondría vulnerar el artículo 152.1 CE. A pesar de que en diciembre 2010 ese mismo compareciente expresó en un artículo de opinión justamente lo contrario: «*La limitación debería, además, estar establecida legalmente con carácter obligatorio, al nivel más alto posible (la pasada reforma de los estatutos fue una excelente oportunidad perdida)*».

El dictamen de la Comisión Permanente no comparte, sin embargo, este planteamiento –el de ahora, no el del año 2010–, al no encontrar en el citado precepto obstáculo alguno a que un Estatuto de Autonomía pudiera regular, si así lo estima pertinente, dada la competencia autonómica para la organización de sus instituciones, la limitación de mandatos de los miembros del Consejo de Gobierno o del Presidente de la Comunidad Autónoma. Ni, por supuesto, puede encontrarse obstáculo, sino todo lo contrario, en el artículo 147.2 CE, sobre cuya interpretación ya se pronunció la STC 89/1984, aunque el dictamen no la cite.

Así pues, mientras que las exigencias del artículo 152.1 CE con respecto al Presidente de la Comunidad Autónoma

se cumplan, es decir, siga siendo elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, nombrado por el Rey, y le corresponda la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla, no existirá impedimento constitucional para desarrollar las escasas previsiones que nuestra Carta Magna establece. Buena prueba de ello es que no se recurriera –y no puede decirse que los recurrentes dejaran pasar muchas cosas– la previsión del Estatuto de Autonomía de Cataluña de habilitar al legislador autonómico para regular la limitación de mandatos del Presidente, lo que impidió el pronunciamiento al respecto de la STC 31/2010. Como también pueden servir para comprender el alcance que tienen para el Tribunal Constitucional las previsiones del artículo 152.1 CE las SSTC 225/1998, 19/2011, 197/2014 y 15/2015, por más que vengan referidas a la exigencia de la representación proporcional y la representación de las diversas zonas del territorio. Amén de las SSTC 141/1990 y 159/1991 a las que luego se hará referencia.

En definitiva, al primero de los interrogantes que podría haber planteado la Administración autonómica, ha de responderse con claridad que no existe impedimento constitucional –tampoco lo encuentra el dictamen a la vista de sus conclusiones– para que el legislador pueda regular para el ámbito autonómico la limitación de mandatos de la Presidencia y de los restantes miembros del Consejo de Gobierno. Lo que abre la puerta al segundo de los interrogantes.

Si no existiera tal impedimento constitucional en qué tipo de norma tendría que contenerse su regulación.

Lo primero que hay que señalar es que tras el análisis de los preceptos de la Constitución se evidencia que el establecimiento de determinadas condiciones al ejercicio del derecho a acceder a los cargos públicos, como pudieran ser las causas de inelegibilidad o la limitación de mandatos, deber hacerse por una norma con rango de ley (art. 53.1 CE), lo que impide en este terreno la actuación del poder reglamentario. Pero queda por dilucidar si, por supuesto en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, esa regulación legal debe necesariamente contenerse en una norma como el Estatuto de Autonomía o si puede llevarla a cabo el legislador autonómico.

Desde luego, habiendo concluido que no existe impedimento constitucional alguno, no puede negarse a los Estatutos de Autonomía la conformación de sus instituciones de autogobierno, siempre que se respeten las mínimas directrices marcadas por los anteriormente citados arts. 147.2 y 152.1 CE, y, por tanto, la posibilidad de establecer un número máximo de mandatos para la Presidencia de la Comunidad o para los miembros del Consejo de Gobierno.

Restaría, por tanto, por analizar la posibilidad de que el legislador autonómico, mediante una modificación de la Ley del Gobierno o mediante una modificación del Reglamento del Parlamento, pueda limitar el número de mandatos del Presidente de la Comunidad o establecer límites a su discrecionalidad a la hora de nombrar a

los restantes miembros del Consejo de Gobierno. Todo ello, claro está, partiendo del hecho de que no exista una limitación estatutaria expresa que prohíba al legislador hacerlo: esto es, un precepto que disponga que la limitación de mandatos no puede regularse por ley, estableciendo así una reserva de Estatuto.

Quienes, como el dictamen, niegan al legislador autonómico la capacidad de limitar los mandatos, no identifican precepto estatutario alguno en el que tal prohibición se establezca. Pues, sencillamente, no existe tal precepto. Sin embargo, sostienen que del Estatuto de Autonomía para Andalucía se deriva un sistema parlamentario de gobierno (incluso se afirma que tal sistema es una exigencia del artículo 152.1 CE), lo que impide incorporar por vía legislativa instituciones como la limitación de mandatos que son propias de los sistemas presidenciales.

Que la limitación de mandatos de los cargos de máxima responsabilidad política es históricamente propia de los sistemas presidenciales y no de los sistemas parlamentarios de gobierno es algo tan asumido que los redactores del dictamen podrían haberse ahorrado fácilmente un buen número de páginas en descubrir, como suele decirse, el Mediterráneo. Con ello, sin duda, se ha tratado de estigmatizar la limitación de mandatos como algo impropio e innecesario en nuestro sistema, donde –según dice el dictamen– no existen riesgos de perpetuación en el poder por parte de las élites gobernantes. Pero no voy a entrar en las valoraciones que realiza el dictamen al respecto de las bondades del sistema parlamentario como antídoto para neutralizar las negativas consecuencias de la reelección de cargos sin ningún límite temporal o para permitir la renovación del legislativo y abrir la posibilidad de alternancia, porque ello me obligaría a abordar de igual modo aspectos de oportunidad y conveniencia, que están vedados a este Consejo salvo que le sea solicitado expresamente (art. 3, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril).

Sobre lo que sí debo pronunciarme es sobre si teniendo como tenemos un sistema parlamentario de gobierno, y siendo la limitación de mandatos común a los sistemas presidenciales, queda vedada al legislador autonómico cualquier incidencia sobre las relaciones gobierno-parlamento.

Es sabido que tradicionalmente los textos constitucionales y estatutarios no agotan la regulación de las materias que tratan, y ésta de las relaciones gobierno-parlamento, a partir de la cual la doctrina ha construido los modelos que permiten una ulterior comparación, es un claro ejemplo de ello, pues el consenso que suele presidir la elaboración de textos jurídicos tan relevantes y la imposibilidad material de recoger en unos pocos artículos todas las variables del ulterior desenvolvimiento de la vida política hacen que siempre queden espacios que el legislador, no solo puede, sino que debe, aprovechar para adecuar las instituciones a la realidad vigente. Con estricto respeto a los mandatos y prohibiciones del texto preeminente, por supuesto, pero no olvidando que los sistemas pueden evolucionar y evolucionan incluso sin necesidad de actuaciones normativas. La posibilidad de rechazar la propuesta de someterse a la investidura y el encargo, en su caso,

de formar gobierno puede ser ejemplo de esto último: no es habitual en un sistema parlamentario, no está contemplada en la Constitución, y, sin embargo, se ha podido producir, sin que ninguna tacha de inconstitucionalidad puede oponerse a que en un futuro se regule –o, por qué no, se prohíba– por una norma de rango legal; y quién sabe si una eventual reforma constitucional pudiera acabar contemplándola.

Con ello quiero poner de relieve que los distintos institutos que conforman las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, y que permiten posteriormente catalogar a un determinado sistema, en sus infinitas variantes, como parlamentario o como presidencial, ni permanecen inalterables durante la vigencia del texto constitucional o estatutario, que sólo regula los aspectos que considera esenciales, ni puede considerarse como contraria al modelo una actuación normativa que, respetando lo que el texto constitucional o estatutario ha fijado como indisponible para el legislador, haga evolucionar al sistema desde su concepción inicial.

Así, entiendo que no puede abordarse la cuestión que nos ocupa con un enfoque puramente deductivo –como es el que realiza el dictamen y algunos comparecientes en el trámite de agentes sociales–, que haga derivar las características que puede tener o no el sistema partiendo de un modelo teórico preconcebido y, por supuesto, inmutable. Sino que debe abordarse necesariamente con un enfoque inductivo: el sistema de gobierno de Andalucía es fruto de la configuración conjunta de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico. Y, sólo a partir de las características que en cada momento observemos en dicha configuración conjunta, podremos catalogarlo de un modo u otro y concluir si se asemeja más o menos a modelos teóricos.

Dicho de otro modo: ni la Constitución ni Estatuto de Autonomía expresan cuál es el modelo al que deba acomodarse el sistema de gobierno de Andalucía; no existe siquiera un precepto similar al artículo 1.3 CE que define la forma política del Estado como Monarquía parlamentaria, sin que pueda decirse, por otra parte, que la Monarquía parlamentaria que teníamos hace casi cuarenta años sea la misma que tenemos ahora –en aquel momento más Monarquía que parlamentaria, ahora más parlamentaria que Monarquía–; ha evolucionado sin necesidad de haber reformado en este punto la Carta Magna. No tenemos, por tanto, un precepto que defina al sistema de un modo u otro: lo único que hacen las normas superiores es establecer una serie de límites al legislador –estatutario en el primer caso y ordinario en el segundo– a partir de los cuales, y por comparación con la tipología doctrinal preestablecida, llegamos a la conclusión de qué sistema de gobierno tenemos. Desde esta perspectiva, si se asemeja más o menos al modelo parlamentario puro, o al sistema de parlamentarismo racionalizado, o si representa una variante concreta o *sui generis* de alguno de ellos es algo que sólo puede determinarse por el conjunto de interacciones entre los distintos elementos que lo componen, puesto que ningún precepto ni constitucional ni estatutario impone la acomodación a ningún modelo preexistente.

Da la impresión de que en el dictamen subyace la idea de que en un sistema parlamentario el Parlamento tiene plena libertad para elegir a la persona que va a ocupar la Presidencia del Gobierno, y que tal libertad, que considera consustancial al modelo de relaciones gobierno-parlamento en el que se inspira la Constitución y el Estatuto de Autonomía, se vería afectada por el establecimiento de una limitación de mandatos que impidiera volver a elegir a quien ya se ha elegido con anterioridad, lo que la avoca a su inconstitucionalidad. Se afirma, en este sentido, que «*la limitación de mandatos supone una alteración esencial de nuestro régimen parlamentario y de las relaciones del parlamento y del gobierno y de la facultad que tiene el Parlamento para producir, para elegir Gobierno*» (FJ V.2).

Sin embargo, ni los Parlamentos suelen tener hoy día esa libertad –de hecho, nunca ha sido plena, pues se ejercía siempre a partir de la propuesta efectuada por la Jefatura del Estado–, ni puede compartirse que sea un aspecto fundamental del sistema parlamentario. Lo esencial en un sistema parlamentario es que sea el Parlamento quien otorgue su confianza a la persona propuesta para ocupar el cargo de Presidente del Gobierno. Pero, existiendo un número suficiente de opciones –STC 16/1984–, si el conjunto de los posibles candidatos a someterse a la investidura es algo mayor o menor (por ejemplo: por estar previsto el requisito de su pertenencia a la Asamblea, como exige la Constitución; por contemplarse la limitación de mandatos, como hace el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; o por establecerse mediante norma con rango de ley cualquier otra causas de inelegibilidad) no es un aspecto nuclear del sistema, ni altera la estabilidad y el equilibrio de poderes buscado en las relaciones gobierno-parlamento. Un correcto entendimiento de lo razonado por el Tribunal Constitucional en la STC 141/1990 apoyaría, sin duda, esta consideración.

Que el Estatuto de Autonomía sea la norma llamada a regular las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la Comunidad Autónoma, y que convenga que lo haga con un grado de detalle suficiente como para darles estabilidad y permanencia, parece fuera de toda discusión. Pero una cosa es eso, y otra bien distinta es no reconocer al legislador la capacidad de modular dichas relaciones desarrollando aspectos sobre los que el Estatuto no se ha pronunciado de manera expresa.

Así, mientras que nuestra Constitución y nuestro Estatuto recogen con bastante detalle el procedimiento de investidura y las mayorías requeridas en primera y segunda votación, otros Estatutos como el de Cataluña con un grado menor (artículo 67.3 EACat), lo que ha permitido al legislador autonómico establecerlas (Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno). Ciertamente, ha establecido idénticas mayorías a las previstas en la Constitución de 1978 y que rigen en otras Comunidades Autónomas –absoluta en la primera y simple en la segunda–, pero si hubiese optado por otras más reforzadas no podría, desde luego, tacharse de inconstitucional por apartarse del modelo habitual. El Estatuto de Autonomía de Cataluña no se ha pronunciado sobre esta cuestión y

ha dejado margen, por tanto, a la actuación del legislador.

Aunque no la cita el dictamen, la STC 89/1984, FJ 7° despeja las dudas que aún pudieran existir al respecto, al señalar que «*La determinación del contenido mínimo de los Estatutos que se hace en el art. 147.2 de la Constitución no puede conducir, sin embargo, a una conclusión como la que los recurrentes defienden, porque de ella no puede deducirse una reserva estatutaria absoluta, única hipótesis en la que la afirmación de los recurrentes sería indiscutible. Ciertamente no existe tal reserva ni siquiera frente a las Leyes del Estado en lo que se refiere a las competencias [art. 147.2 d)], ya que éstas pueden resultar también de las Leyes estatales no estatutarias a que se refiere el art. 150 de la Constitución. Tampoco existe tal reserva estatutaria absoluta frente a la Ley de la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la organización de las instituciones autónomas propias, cuyo desarrollo mediante Ley no podría considerarse contrario al art. 147.2 c*".

Así lo entiende también uno de los comparecientes en la Comisión de Presidencia y Administración Local –que no es citado en el escrito del Grupo Parlamentario Socialista pese a ser el mayor experto en la materia–, al sostener que «*En cuanto la vía jurídica, a través de la cual debería hacerse efectivo, lógicamente, hay que pensar que lo ideal sería que estuviera incorporado al Estatuto, pero, bueno, ya sabemos que, a veces, las innovaciones institucionales –la experiencia incluso andaluza nos lo demuestra– primero se inician por la vía legislativa, y, en su caso, posteriormente, se incorporan a la vía estatutaria, al Estatuto, y, en su caso, al Reglamento del Parlamento*».

Por tanto, cabe concluir que el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 no cierra todas las características del sistema, imponiendo un modelo preconcebido hasta sus últimos detalles. Por el contrario, de igual modo que el artículo 152.1 CE deja margen al Estatuto marcando unos rasgos muy elementales del sistema de gobierno, también el Estatuto de Autonomía deja cierto margen –lógicamente mucho menor– al legislador para incidir sobre las relaciones gobierno-parlamento: ahí están, por ejemplo, los artículos 102.2 y 121 EAAnd.

Al hilo de lo anterior, conviene recordar que el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 no preveía la disolución del Parlamento por parte del Ejecutivo, como es habitual en los sistemas parlamentarios, y no por eso dejaba de ser catalogado como tal. De hecho, en el año 2003, precisamente una de las personas citadas en el escrito del Grupo Parlamentario Socialista sostuvo en uno de sus trabajos que «*la inclusión de esta potestad presidencial a través de la Ley de Gobierno [1994], y no con la reforma estatutaria, no sorprende puesto que antes se había hecho de esa forma en el País Vasco, Cataluña y Galicia*».

Sin embargo, sería conveniente una reforma estatutaria, al menos técnica. Nos referimos, concretamente, al último inciso del art. 26.2 según el cual «*el mandato de los diputados termina cuatro años después de su elección*». La reforma consistiría en añadir «*o el día de la disolución de la Cámara*»,

como hace el art. 68.4 CE para el Congreso de los Diputados. Por tanto, aunque entonces el choque de la innovación legislativa con el tenor literal del Estatuto de Autonomía parecía insalvable, se consideró que la vía de la modificación legal, sin ser la más aconsejable, podía ser válida para introducir un elemento nuevo que afectaba claramente a las relaciones gobierno-parlamento. Ahora, en cambio, parece que para algunos no resulta constitucionalmente aceptable que se proceda de la misma forma en relación con la limitación de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía, pese a que resulte difícil aventurar con qué precepto estatutario se produciría la colisión.

Si analizamos el artículo 118.2 del Estatuto podremos comprobar que ciertamente establece que «*El Presidente del Parlamento, previa consulta a los Portavoces designados por los partidos o grupos políticos con representación parlamentaria, propondrá un candidato a Presidente de la Junta*». Pero entender que dicho precepto impide al legislador acotar de algún modo la capacidad de propuesta del Presidente del Parlamento creo que no resulta acertado.

En primer lugar, porque legislador es también quien aprueba el Reglamento de la Cámara, y no puede negarse a éste la posibilidad, si así lo estima conveniente, de regular esta facultad. Siempre y cuando se respete que es el Presidente quien propone al candidato, pueden establecerse limitaciones o condicionantes que reduzcan la discrecionalidad de su elección: por qué no una terna previa, que sería conforme con la STC 49/2008. Por no mencionar que en la práctica la pretendida libertad del Presidente no es tal si atendemos a la dinámica interna de los partidos.

Y, en segundo lugar, porque si el legislador condiciona de diversos modos quién puede a la postre convertirse en diputado o mantenerse en el cargo después de haber resultado elegido, requisito imprescindible en nuestro sistema para poder optar a la Presidencia de la Junta, y puede establecer también causas de cese en dicha Presidencia, está demostrando una capacidad para acotar la propuesta del Presidente de la Cámara que hace posible que mediante ley se vea reducida la discrecionalidad inicial.

El artículo 121 del Estatuto de Autonomía, por su parte, no contiene tampoco ninguna restricción expresa a la regulación mediante ley de la limitación de mandatos para los miembros del Consejo de Gobierno, entre los cuales se encuentra el Presidente de la Junta de Andalucía. Señala que «*El régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros será regulado por ley del Parlamento de Andalucía, que determinará las causas de incompatibilidad de aquéllos. El Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna*». Por lo que habrá que analizar si de su redacción –o de su silencio– se deriva tal restricción o, más bien, todo lo contrario.

El dictamen considera que el silencio del Estatuto de Autonomía para Andalucía en la materia no es tal: es decir, que «*la falta de previsión de la limitación de mandatos no responde a una preterición del problema por el*

estatuyente». Y llega a esa conclusión –que entiende incontrovertible– partiendo del hecho cierto de que durante su tramitación parlamentaria fueron rechazadas las enmiendas que pretendía incorporar al texto del Estatuto tal limitación para la Presidencia de la Junta de Andalucía. De este modo, tras constatar que se rechazaron por el voto contrario del Grupo Parlamentario Socialista las dos enmiendas que lo planteaban «*No podrá ocupar el cargo más de dos mandatos consecutivos*» y «*La Presidencia de la Junta de Andalucía tiene limitado su mandato a dos legislaturas consecutivas*», los cuatro miembros del Consejo Consultivo de Andalucía que aprueban el dictamen afirman que «*Por tanto, la tramitación parlamentaria de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía no deja lugar a dudas, se planteó en sede adecuada la limitación de mandatos y fue rechazada por el poder Estatuyente, de modo que es jurídicamente inviable que lo que fue expresamente rechazado por la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma pueda introducirse por ley ordinaria*».

Sin embargo, del rechazo de las citadas enmiendas no puede hacerse la lectura que hace el dictamen. Dada la concreta redacción de las mismas, lo único que puede afirmarse con seguridad es que en la propuesta de reforma que se remitió a las Cortes Generales se optó por no incorporar la limitación de mandatos para la Presidencia de la Junta de Andalucía –no existieron enmiendas sobre la limitación de mandatos de los restantes miembros del Consejo de Gobierno–, lo que, de haberse aprobado mediante una ley orgánica como es un Estatuto de Autonomía, le hubiese conferido una especial rigidez y la habría hecho indisponible para el legislador autonómico. Pero que el Parlamento andaluz decidiera no incorporar la citada limitación del mandato a su propuesta de reforma del Estatuto es una cosa y que "el poder estatuyente" la prohibiera –como pretende hacer ver el dictamen– es otra bien distinta.

Los motivos del rechazo de cada una de las enmiendas no están explicitados en el Diario de Sesiones. Lo único que el representante del Grupo Parlamentario Socialista (con mayoría absoluta) manifestó –el dictamen elude la referencia–, fue que «*La limitación de mandatos. Señorías, la limitación de mandatos tiene una raigambre ya consolidada en los sistemas políticos americanos, los del norte y los del sur, pero no la tiene en la tradición de los sistemas jurídico-políticos de la Europa occidental; desde luego, no porque haya limitación de mandatos sean mejores la democracia norteamericana o las latinoamericanas que aquellas del continente europeo del que formamos parte*». Por lo que, en puridad, el voto contrario de este Grupo Parlamentario pudo también deberse, tanto a un desacuerdo con la concreta redacción de las enmiendas, como con su ubicación (la enmienda del Grupo Parlamentario Popular exigía su inclusión en un nuevo capítulo que llevara por rúbrica «*De las garantías democráticas en Andalucía*»), o incluso por entender que pudiera tener cabida en alguna remisión al legislador ya establecida, y no necesariamente a una negativa explícita a que los mandatos fueran de cualquier modo limitados en nuestra Comunidad Autónoma.

Si la voluntad del legislador estatutario hubiese sido la de prohibirla sólo tendría que haber incorporado al texto estatutario un precepto similar a éste: «*El número de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía no podrá limitarse por ley*». Algo que ningún grupo parlamentario quiso hacer. No puede afirmarse, sin embargo, que se expresara un rechazo a la posibilidad de que el legislador autonómico limitase los mandatos de la Presidencia, porque no se rechazó, al no presentarla ningún grupo, una enmienda del siguiente tenor: «*Se regulará por ley la limitación de mandatos*». Eso sí hubiese ayudado a validar la conclusión a la que llega el dictamen en cuanto a la voluntad de legislador estatutario, aunque la voluntas legislatoris no sea la única que deba ser apreciada en la interpretación de las normas jurídicas.

Por tanto, el silencio del Estatuto sobre la posibilidad de que el legislador establezca la limitación de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno es palmario. Ese silencio no puede ser interpretado como una prohibición, como no lo fue cuando en 1994 se permitió por ley que el Presidente de la Junta de Andalucía disolviera anticipadamente el Parlamento –y aquello sí que alteraba las relaciones gobierno-parlamento previstas en el Estatuto–, ni cuando en 1988 se creó la Cámara de Cuentas de Andalucía, ni cuando en 1993 se creó el Consejo Consultivo de Andalucía:

- La exposición de motivos de la Ley 6/1994, de 18 de mayo, de Modificación de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma y la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, resulta muy ilustrativa al respecto: «*El Estatuto de Andalucía no prevé expresamente la disolución anticipada del Parlamento, pero tampoco contiene norma alguna que lo prohíba, como hacen diversos Estatutos de otros Comunidades Autónomas. Se trata, pues, de una materia que ha quedado a libre disposición del legislador, en el ámbito de los principios estructuradores de un sistema parlamentario como el que el artículo 152 de la Constitución y el propio Estatuto de Andalucía han diseñado para esta Comunidad Autónoma, constituida al amparo del artículo 151 de la Constitución. Cuando el artículo 26.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 disponía que "El Parlamento es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección*».

También lo es la exposición de motivos de la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía: «*El artículo 63 de la Ley orgánica 6/1981 de 30 de diciembre del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye al Parlamento el control presupuestario de la Comunidad Autónoma. Por su parte el artículo 70 de la referida ley orgánica establece por el control económico y presupuestario de la Comunidad Autónoma se ejercerá por el Tribunal de Cuentas, en los términos de la Ley. No contempla, pues nuestro Estatuto, la existencia de un órgano técnico de control externo que, dependiendo directamente del parlamento de Andalucía, auxilie a éste en su labor de controlar al ejecutivo en materia económica-presupuestaria. Pero tal silencio estatuario no excluye ni se opone a su creación, ya que la*

Comunidad de Andalucía tiene competencia exclusiva entre otras materias, sobre la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno, de acuerdo con el artículo 13 del Estatuto de Autonomía». A pesar de que el artículo 70 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 establecía que «*El control económico y presupuestario de la Comunidad Autónoma se ejercerá por el Tribunal de Cuentas, en los términos de la ley*».

La redacción del artículo 44 de ese mismo Estatuto («*1. El Consejo de Estado informará los Reglamentos generales que la Comunidad Autónoma dicte en ejecución de las Leyes estatales.*

2. Igualmente informará el Consejo de Estado los expedientes de revisión de oficio de actos declarativos de derechos en que se aprecie nulidad de pleno derecho o infracción manifiesta de las Leyes. 3. La petición de informes al Consejo de Estado será suscrita por el Presidente.») tampoco impidió en 1993 la creación de un órgano que no estaba previsto en la inicial configuración institucional de la Comunidad como es el Consejo Consultivo de Andalucía, cuando la STC 204/1992 había señalado que «*si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (148.1.1 C.E.), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la L.O.C.E. atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa*».

En esas ocasiones, el silencio del legislador estatutario no impidió, sino que posibilitó –aun con la presencia de preceptos que podían ponerla en entredicho– la actuación del legislador, amparado por el principio de autonomía organizativa recogido en los artículos 147.2 c) y 148.1.1 CE.

Y, en un terreno más cercano a la cuestión que no ocupa, debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en su STC 159/1991, teniendo presentes los mencionados artículos de la Constitución, validó el establecimiento por el legislador autonómico de un fuero procesal para los miembros del Consejo de Gobierno pese al silencio estatutario existente (aunque lo declarara inconstitucional por ser la legislación procesal competencia del Estado *ex* artículo 149.1.6 CE): «*En relación a si el precepto cuestionado supone o no una modificación del Estatuto de Autonomía para Asturias (EAAs) sin seguir los trámites constitucionalmente establecidos para su modificación (art. 147.3 y 152.2 C.E.), ha de señalarse que desde luego dicho Estatuto no contiene ninguna referencia al fuero procesal de los miembros del Consejo de Gobierno del Principado, limitándose su art. 33.2 a disponer que la Junta General, por mayoría de sus miembros, regulará las atribuciones de dicho Consejo, "así como el Estatuto, forma de nombramiento y cese de sus componentes". Tampoco el art. 32.4 EAAs alude al fuero jurisdiccional del Presidente del Principado. Por contra, el art. 26.2 EAAs otorga el repetido fuero a los integrantes de la Junta General del Principado, órgano al que forzosamente debe pertenecer el Presidente del Principado (art. 32.1 EAAs). Si a ello se añade que en el curso del procedimiento legislativo desenvuelto en las Cortes Generales*

ninguna enmienda se formuló frente al proyecto inicial, aprobado sin discusión, queda claro que el legislador estatutario no incluyó en el texto del Estatuto de Autonomía para Asturias el aforamiento de los Consejeros, a diferencia de lo que se hizo en el mismo para los miembros de la Junta General (art. 26.2 EAAs).

Se aparta aquí, pues, el Estatuto asturiano de la línea seguida por los Estatutos del País Vasco (art. 32.2), Cataluña (art. 38), Galicia (art. 18), Andalucía (art. 40.1), Cantabria (art. 20), Murcia (art. 33.7), Comunidad Valenciana (art. 19), Aragón (art. 25), Castilla-La Mancha (art. 17.1), Canarias (art. 18.2), Baleares (art. 33.5) y Madrid (art. 24.1) y por la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 27), en los cuales se regula, con diversidad de matices, el aforamiento jurisdiccional de los componentes de los Ejecutivos autonómicos.

Dada la falta de previsión estatutaria al respecto, no puede decirse que el art. 39.1 cuestionado haya modificado lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía para Asturias sobre el status de los Consejeros, ya que en el mismo no se contiene previsión alguna acerca de su fuero procesal. En esto se diferencia sustancialmente el presente caso del resuelto por la STC 36/1981, invocada en el Auto de planteamiento y también por los comparecidos en este proceso. Se declaró en dicha Sentencia la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley impugnada del Parlamento Vasco, porque los mismos modificaban el art. 26.6 del EAPV, sobre inmunidad de los parlamentarios, convirtiendo la inmunidad parcial prevista en dicho precepto del Estatuto en inmunidad plena; y esta modificación se hacía sin haberse observado lo dispuesto en la Constitución (art. 147.3) y en el propio Estatuto (arts. 46 y 47) para la modificación de los Estatutos de Autonomía. Pero en el caso ahora examinado no se ha producido, como ya hemos dicho, modificación de ningún precepto del EAAs, porque en éste no se contiene norma alguna sobre el aforamiento de los Consejeros».

Por tanto, aunque habrá quienes aún pretendan ampararse en esa STC 36/1981, ya superada, para seguir manteniendo que el legislador estatutario votó en contra de las enmiendas que pedían la incorporación al Estatuto de la limitación de mandatos de la Presidencia de la Junta de Andalucía y que eso sólo puede ser interpretado como un rechazo absoluto, debe destacarse que lo que entonces consideró inconstitucional el Tribunal fue el exceso sobre la regulación contemplada en el Estatuto vasco, no una cuestión no regulada como sería la citada limitación.

Además, en el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, al igual que –con una redacción casi idéntica– en el de 1981, encontramos un precepto que remite al legislador autonómico la regulación del Estatuto de los miembros del Consejo de Gobierno, lo que incluye, como es lógico, el Estatuto de la Presidencia de la Junta de Andalucía. La Ley 6/2006, pese a haberse aprobado unos meses antes que el Estatuto, tuvo en cuenta su ya avanzada redacción y contempló en el capítulo IV del título I el denominado "Estatuto Personal" de la Presidencia, con tres artículos dedicados exclusiva y respectivamente a los

derechos inherentes al cargo, a las incompatibilidades y al fuero procesal; y en el capítulo II del título II el "Estatuto Personal" de los restantes miembros del Consejo de Gobierno. Un año antes se había aprobado la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los ex presidentes de la Junta de Andalucía.

No obstante, que la Ley 6/2006 haya dado ese contenido al Estatuto Personal de la Presidencia no implica que el artículo 121 EAAnd impida darle otro distinto. La redacción abierta del citado artículo («*Artículo 121. Estatuto y régimen jurídico. El régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros será regulado por ley del Parlamento de Andalucía, que determinará las causas de incompatibilidad de aquéllos. El Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna*.») obliga, ciertamente, a que el legislador –aunque no mediante cualquier norma con rango de ley, sino mediante una ley formal del Parlamento– incluya en ese estatuto las causas de incompatibilidad que estime pertinentes, pero no excluye que puedan tener cabida en el mismo otras cuestiones –la propia Ley 6/2006 incorpora algunas– relativas al Presidente de la Junta de Andalucía o a los Consejeros.

Otros legisladores autonómicos, en cambio, han considerado que pertenece también a la esfera del llamado "Estatuto Personal" el número de ocasiones o el número de años que se puede ocupar el cargo.

Así, el legislador castellano-manchego ha previsto en el capítulo I del título I, denominado "Del Estatuto del Presidente", artículo 4.2, de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre de 2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que «*No podrá ser elegido Presidente de la Junta de Comunidades quien ya hubiese ostentado este cargo durante al menos ocho años, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato*». Es cierto que el Estatuto de Castilla-La Mancha dispone en el capítulo destinado a regular el Consejo de Gobierno y su Presidente, artículo 13.2, que «*El Consejo de Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, y de los Consejeros. Las Cortes de Castilla-La Mancha, por mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno de la Cámara, aprobarán una Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo, en la que se incluirá la limitación de los mandatos del Presidente*». Pero lo trascedente ahora no es si existe la obligación estatutaria de regularla por ley, sino que el legislador ha entendido que tal cuestión atañe al Estatuto del Presidente y no lo considera como un asunto ajeno al mismo.

Otro tanto ha hecho el legislador extremeño, que en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en la que se regula tanto el Estatuto Jurídico del Presidente como el de quienes han ostentado la Presidencia de la Junta de Extremadura, establece en el artículo 8.3 que «*No podrá ser elegido presidente de la Junta de Extremadura quien ya hubiese ostentado este cargo durante dos mandatos sucesivos, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato y sin que en*

ningún caso pueda ser elegido quien hubiera ostentado este cargo durante al menos ocho años». Tal precepto se inserta en el título I, capítulo II, sección primera «*Del Estatuto Jurídico del Presidente*», en desarrollo de los artículos 30 y 35 EAExt, lo que vuelve a demostrar que el número de veces o el número de años que puede ocuparse el cargo tiene cabida en tal concepto (ninguna objeción puso a esta consideración el dictamen 534/2013 del Consejo Consultivo de Extremadura).

Y, por citar un último ejemplo, la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de Castilla y León, recoge en su artículo 2.2 que «*En el caso de los miembros del gobierno, no podrán ser nombrados como titulares de una consejería quienes ya lo hubieran sido de ese mismo departamento durante ocho años*», vinculando una vez más la limitación de mandatos al concepto de estatuto personal o jurídico de los cargos.

Por todo ello, la referencia del artículo 121 al estatuto de los miembros del Consejo de Gobierno y a la necesidad de que sea regulado por ley puede entenderse que habilita al legislador autonómico a que –mediante una ley formal, y siempre y cuando determine también las causas de incompatibilidad– incluya en dicho estatuto la limitación de mandatos. Más, si cabe, si tenemos en cuenta que las enmiendas parlamentarias a las que con anterioridad se ha hecho referencia no lo fueron al artículo 121 (entonces artículo 109) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

A mayor abundamiento, existe otro artículo en nuestro Estatuto de 2007 que podría servir también de vía –algo extravagante, pero en absoluto jurídicamente descartable– para impedir que quien ya ha ocupado la Presidencia de la Junta de Andalucía un determinado número de veces o de años pueda volver a hacerlo. Me refiero al artículo 102.2 EAAnd, que dispone que «*El Reglamento del Parlamento establecerá el Estatuto del Diputado*».

El Estatuto reconoce plena autonomía reglamentaria al Parlamento de Andalucía (artículo 102.1 EAAnd), lo que permite al Reglamento de la Cámara –norma con rango de ley– la regulación de los derechos, deberes y prohibiciones de los Diputados, con el límite del contenido esencial del derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 CE. Ya he manifestado más arriba que restringir el número de veces que puede optarse a un cargo público, incluso a un cargo público representativo, no incide sobre el contenido esencial del derecho a acceder a los mismos, siempre, lógicamente, que sea en condiciones de igualdad y no mediante una ley singular o con unos efectos reaotrativos susceptibles de vulnerar el artículo 9.3 CE.

En la actualidad el Reglamento del Parlamento de Andalucía contiene un título primero «*Del Estatuto de los Diputados*», integrado por cinco capítulos en los que se detallan la adquisición de la condición de Diputado o Diputada, los derechos de los Diputados, las prerrogativas parlamentarias, los deberes de los Diputados, y la suspensión y pérdida de la condición de Diputado o Diputada. En los artículos que conforman el "Estatuto del Diputado", e incluso fuera de ellos, pueden observarse obligaciones

o restricciones (como la que les impide integrarse en un grupo parlamentario distinto a aquel perteneciente a la formación política con la que han concurrido a las elecciones –artículo 22.1 RPA–) que junto con sus derechos acaban configurando el ius in officium de los Diputados andaluces.

Así pues, entiendo que la plena autonomía reglamentaria que el Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, sin más límite que los derivados de los preceptos y principios de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, permitiría al Reglamento del Parlamento establecer el deber de cualquier Diputado de rechazar la propuesta del Presidente de la Cámara de someterse a la investidura cuando concurran en él la circunstancia de haber desempeñado el cargo de Presidente de la Junta de Andalucía durante un número determinado de años o de mandatos. El rechazo del primer candidato propuesto por el Rey a someterse a la investidura en el Congreso de los Diputados durante la XI Legislatura permite sostener que no contradice la atribución que tiene el Jefe del Estado –o en Andalucía el Presidente del Parlamento– de proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno, el hecho de que éste no acepte el encargo, por lo que tampoco podría contradecirla la norma que le impida aceptarlo.

Una previsión de este tipo en el Reglamento parlamentario carecería de sentido en el ámbito nacional, puesto que sólo acabaría limitando el mandato de los Presidentes que fueran Diputados, al no exigir la Constitución tal condición. Sin embargo, como el Estatuto de Autonomía para Andalucía, por exigencia del artículo 152.1 CE, prevé que el Presidente de la Junta será elegido de entre sus miembros por el Parlamento (artículo 118.1 EAAnd), estableciendo la prohibición –hay otras en el Reglamento para los Diputados andaluces– de aceptar someterse a la investidura cuando ya se ha recabado la confianza de la Cámara en anteriores ocasiones, puede alcanzarse la misma pretensión de la limitación de mandatos de la Presidencia que en otras Comunidades Autónomas se ha alcanzado incidiendo sobre su estatuto jurídico.

Esta posibilidad no valorada por el Consejo Consultivo de Andalucía, que se centra exclusivamente en rebatir la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y sobre la que no cabe sostener que son extrapolables las conclusiones del dictamen, permitiría que cualquier Grupo Parlamentario, si no saliera adelante dicha proposición de ley, registrara a continuación una proposición de reforma del Reglamento en tal sentido. Y no es imaginable pensar que nos encontráramos en ese caso con una consulta de la Administración sobre la constitucionalidad de una reforma reglamentaria.

Por ultimo, y a modo de conclusión, solo me resta señalar que el principio democrático que rige nuestra Constitución y nuestro Estatuto de Autonomía no puede reputarse contrario a la limitación de mandatos de los cargos públicos representativos. Antes bien, supone el elemento precursor para el establecimiento de determinadas garantías que, como ésta, cada día resultan más imprescindibles en pro de preservar la soberanía popular frente a la partidocracia.

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Dictamen 38/17

Relativo a la consulta respecto a las pruebas selectivas para cubrir 133 plazas del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 27 de febrero.

De los ANTECEDENTES resulta:

Primero. Con fecha 10 de febrero de 2017 tuvo entrada en el Registro del Consejo Consultivo de Aragón, escrito remitido por el Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón de fecha 9 de febrero de 2017 (registro de salida en el Departamento citado de 9 de febrero de 2017) por el que se formula consulta a este órgano basándose en lo previsto en el art. 16.2 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo, y en relación a un asunto (los problemas surgidos durante la celebración de unas pruebas selectivas para cubrir 133 plazas del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón) en el que, se señala, se cumplirían las condiciones de especial trascendencia o repercusión que el citado artículo establece para fundamentar la posibilidad de que se formulen consultas al Consejo Consultivo. El Consejero señala en su escrito cuáles serían las características que harían que en el asunto referido existieran tales razones. Son las siguientes:

«- *Se refiere al desarrollo de un proceso selectivo, que afecta a un importante número de personas las cuales han presentado los correspondientes recursos administrativos alegando lo que procede en defensa de sus derechos e intereses.*

- Durante el desarrollo del proceso selectivo se ha producido la dimisión o renuncia de todos los miembros del Tribunal Calificador (excepto uno) inicialmente designados por el Director General de Función Pública y Calidad de los Servicios y se ha procedido a la designación de nuevos miembros.

En el desarrollo del proceso selectivo se han adoptado dos Acuerdos del Tribunal Calificador referentes a la calificación del primer ejercicio de la oposición. Estos dos Acuerdos de contenido diferente han sido adoptados por el mismo Tribunal Calificador pero con diferente composición.

El criterio adoptado por el primer Acuerdo del Tribunal Calificador, ha sido igualmente adoptado por Tribunales de selección en otros procesos selectivos desarrollados en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- La convocatoria de las 133 plazas se ha efectuado en ejecución de una oferta complementaria de la Oferta de empleo público de 2007 y 2001, aprobada mediante Decreto-ley 1/2014, de 9 de enero, del Gobierno de Aragón, para ejecutar las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de febrero de 2012.

- La cobertura del número de plazas convocadas, 133, depende de la interpretación de las bases de la convocatoria respecto de la calificación del primer ejercicio de la oposición. La interpretación efectuada por el Tribunal Calificador en el primero de los Acuerdos posibilita que puedan continuar el proceso selectivo 379 aspirantes y la interpretación efectuada en el segundo de los Acuerdos posibilita que puedan continuar el proceso selectivo 32 aspirantes.

- La cobertura definitiva de la totalidad de las plazas que pudieran quedar desiertas pudiera verse afectada por los límites de la tasa de reposición que se establecen anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado.

- Algunos de los recurrentes han solicitado en sus recursos de alzada que se efectúe consulta al Consejo Consultivo sobre este tema. Además, la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe de 3 de febrero, también considera que, de manera excepcional, atendiendo a la repercusión del asunto que se analiza y por las dudas que pudiera surgir tras su lectura, se podrá solicitar informe al Consejo Consultivo.»

Segundo. Pues bien, tras todo ello el escrito del Consejero resume de la siguiente forma los antecedentes del supuesto sometido a consulta:

«*Por Resolución de 8 de junio de 2015, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, se convocaron pruebas selectivas para cubrir 133 plazas del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Escala Auxiliar Administrativa, Auxiliares Administrativos (BOA nº 121, de 26 de junio de 2015).*

La base 5 de la convocatoria determina la siguiente facultad del Tribunal de selección.

'5.4. El Tribunal resolverá todas las cuestiones derivadas de la aplicación de las bases de esta convocatoria durante el desarrollo de las pruebas selectivas.'

La calificación del primer ejercicio de la oposición se establece en el apartado 8 de las bases de la convocatoria que señala lo siguiente:

'8.1. El primer ejercicio de la oposición se calificará de 0 a 30 puntos, valorándose la primera parte de 0 a 10 puntos, y la segunda parte de 0 a 20 puntos, y será necesario alcanzar como mínimo 5 puntos en la primera parte y 10 puntos en la segunda parte para superarlo y pasar al siguiente.'

Con fecha de 28 de abril de 2016, con carácter previo a la realización del primer ejercicio de la oposición, el Tribunal Calificador adopta el acuerdo de informar a los opositores que el ejercicio de tipo test estará compuesto

por 75 preguntas, de las cuales 25 corresponderán a la primera parte y 50 a la segunda parte. Este acuerdo se encuentra dentro de las posibilidades que ampara la convocatoria, ya que en ésta se indica que el primer ejercicio de la oposición constará de un máximo de 90 preguntas.

También se acuerda que las contestaciones erróneas se valorarán negativamente y restarán cada una de ellas el valor de una contestada correctamente.

El primer ejercicio de la oposición se realiza el día 19 de junio de 2016.

Teniendo en cuenta la dificultad del ejercicio, el bajo número de aspirantes presentados y la valoración negativa de las respuestas incorrectas, el Tribunal Calificador de dicho proceso selectivo adoptó el siguiente Acuerdo con fecha de 4 de julio de 2016:

'Segundo: De acuerdo con la base 8.1 de la resolución de 8 de junio de 2015, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, que determina que será necesario alcanzar como mínimo 5 puntos en la primera parte y 10 puntos en la segunda parte para superar el primer ejercicio y pasar al siguiente, se acuerda.

La puntuación directa neta de las dos partes del primer ejercicio se calcula conforme a la siguiente fórmula: 'A-E' (siendo 'A' el número de aciertos y 'E' el número de errores). Las preguntas no contestadas no se consideran y las contestaciones erróneas se valoran negativamente con el valor de la contestación correcta.

Parte primera del ejercicio: Se acuerda que la puntuación directa neta de 8 corresponde con la calificación de 5 puntos, siendo la puntuación neta de 25 equivalente a la calificación de 10 puntos.

Segunda parte del ejercicio: Se acuerda que la puntuación directa neta de 16 corresponde con la calificación de 10 puntos, siendo la puntuación directa neta de 50 equivalente a la calificación de 20 puntos.

Tercero: Informar a los aspirantes que con fecha 29 de junio se ha solicitado al Servicio de Informática y Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza la lectura y tratamiento de los exámenes con lectura óptica, que tendrá lugar a partir de la fecha del presente acuerdo'.

El Tribunal Calificador, ante la presentación de recursos de alzada contra el acuerdo adoptado el 4 de julio, manifestando que este acuerdo supone una vulneración de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de selección y que se aparte (sic) de lo señalado en las bases, solicita informe con fecha de 21 de julio de 2016 al Instituto Aragonés de Administración Pública.

Debe tenerse en cuenta que dichos recursos de alzada no han sido tramitados como tales recursos de alzada, ni tampoco se ha dado traslado de los mismos al resto de afectados ni resuelto expresamente. (Esta circunstancia también se ha puesto de manifiesto en alguno de los recursos de alzada interpuestos ante el Acuerdo de 28 de octubre de 2016).

Además, en algún supuesto no solamente se ha cuestionado la calificación como de 'Alegación' a los recursos de alzada que se interpusieron contra el Acuerdo de 4 de julio y la falta de resolución de los mismos, sino que también han solicitado que se certifique el silencio administrativo que se ha producido.

En su petición de informe el Tribunal Calificador manifiesta que el acuerdo de 4 de julio no vulnera lo establecido en las bases de la convocatoria. Asimismo señala el Tribunal que el acuerdo adoptado y publicado genera expectativas en 379 'números de plicas de la hoja de respuestas', es decir, de personas que habrían superado el primer ejercicio y expone que se ha adoptado el acuerdo de 4 de julio conforme a derecho y conforme al criterio de otros Tribunales de selección que legitiman su discrecionalidad técnica. Solicita en su petición que se tengan en cuenta estos aspectos en el informe que se solicita.

Con fecha de 16 de septiembre de 2016, el Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Función Pública emite informe al respecto, al haberle hecho la consulta correspondiente el Instituto Aragonés de Administración Pública. Este informe señala el carácter no vinculante del mismo y concluye lo siguiente: 'parece aconsejable la no aplicación del contenido de los apartados a) y b) del segundo acuerdo adoptado por el Tribunal Calificador en su sesión de 4 de julio de 2016, debido a las consecuencias que puedan derivarse de un hipotético pronunciamiento judicial en el mismo sentido que los precedentes.'

A la vista del informe del citado (sic) informe los miembros del Tribunal Calificador, excepto uno, presentan su renuncia y por Resolución de 30 de septiembre de 2016 del Director General de Función Pública y Calidad de los Servicios, se modifica la composición del Tribunal Calificador.

Por Acuerdo de 18 de octubre de 2016 del Tribunal calificador, se acuerda dejar sin efecto el punto segundo del Acuerdo de 4 de julio de 2016 del Tribunal calificador de las pruebas selectivas, anteriormente expuesto.

Además de dejar sin efecto el Acuerdo anterior, con fecha de 18 de octubre el Tribunal acuerda lo siguiente:

'De conformidad con lo establecido en la Base 8 de la convocatoria, declarar que han aprobado el primer ejercicio los opositores cuya calificación es de al menos 5 puntos en la primera parte del ejercicio y 10 puntos en la segunda parte del ejercicio y en consecuencia publicar la lista de los candidatos que igualan o superan esa puntuación identificados por su número de plica'.

En aplicación del criterio adoptado con fecha de 18 de octubre, el Tribunal Calificador, mediante acuerdo adoptado en fecha 28 de octubre de 2016, hace público el nombre de los 32 aspirantes que han superado el primer ejercicio de la oposición.

Contra el acuerdo del 18 de octubre de 2016 adoptado por el Tribunal Calificador se presentan recursos de alzada por los afectados por la nueva decisión, fundamentalmente por aspirantes que, según manifiestan, podrían encontrarse dentro de los 379 aspiran-

tes que habrían superado el primer ejercicio si se hubiera mantenido el criterio del acuerdo de 4 de julio.

Los recursos interpuestos contra el citado Acuerdo, en síntesis, alegan defectos de forma, como la falta de motivación del acuerdo, que se ha dejado sin efecto el acuerdo anterior sin realizarse el correspondiente procedimiento administrativo de revisión de actos y también manifiestan que el acuerdo de 4 de julio no suponía una contradicción con lo señalado en las bases de la convocatoria y que esa decisión forma parte de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de Selección.

Asimismo, la mayoría de los recurrentes han solicitado la suspensión del Acuerdo de 18 de octubre de 2016, al entender que concurren las circunstancias previstas en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Con fecha de 25 de noviembre de 2016, se emite informe de la Secretaría General Técnica de Hacienda y Administración Pública sobre la procedencia de atender a la suspensión solicitada.

De conformidad con el mencionado informe y atendiendo a la petición de suspensión solicitada por 75 de los recurrentes que interponen recursos de alzada contra el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Escala Auxiliar Administrativa, Auxiliares Administrativos, mediante Orden del Consejero de Hacienda y Administración Pública de fecha 28 de noviembre de 2016 se ha resuelto lo siguiente:

'Suspender provisionalmente la ejecución del Acuerdo de 18 de octubre de 2016 del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas, para ingreso en el Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Escala Auxiliar Administrativa, Auxiliares Administrativos, convocadas por Resolución de 8 de junio de 2015, del director General e la Función Pública y Calidad de los Servicios y, en consecuencia, el proceso selectivo, hasta la resolución conforme a derecho de los recursos de alzada interpuestos en el procedimiento.'

Esta Orden ha sido objeto de varios recursos de reposición por algunos de los afectados en el procedimiento selectivo.

Con fecha de 23 de diciembre de 2016, se solicita informe por el Consejero de Hacienda y Administración Pública a la Dirección General de Servicios del Gobierno de Aragón, el cual se emite con fecha de 3 de febrero de 2017.

En este informe de manera resumida se concluye lo siguiente: que el Tribunal Calificador puede modificar el contenido del Acuerdo de 4 de julio de 2016 sin acudir a un procedimiento de revisión de oficio o declaración de lesividad y que debería levantarse la suspensión del proceso selectivo al ser conforme a derecho el Acuerdo de 28 de octubre de 2016 del tribunal calificador y continuar el proceso selectivo, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar informe al Consejo Consultivo, dada la repercusión del asunto.

Finalmente, hay que poner de manifiesto que en virtud del derecho de acceso a la información, en los últimos meses algunos de los recurrentes han solicitado copias de las Actas adoptadas por el Tribunal Calificador en otros procesos selectivos en los que, con una redacción de bases reguladoras idénticas o similares al supuesto descrito, se han adoptado criterios de calificación y de determinación de una nota de corte, en el mismo sentido que el Acuerdo de 4 de julio de 2016.»

Con ello concluye la narración de los antecedentes de hecho que figuran en la consulta.

Tercero. Y a continuación se formula la consulta en los siguientes términos:

«*A la vista de los antecedentes que se han expuesto resumidamente y de toda la documentación obrante en el expediente administrativo y que se acompaña al presente escrito y al objeto de poder resolver conforme a derecho los recursos presentados y poder finalizar el procedimiento selectivo con la mayor seguridad jurídica, se solicita que se emita Dictamen sobre las siguientes cuestiones:*

1º) Respecto al contenido de los Acuerdos y las bases de la convocatoria.

Teniendo en cuenta lo señalado en las bases 5 y 8 de la convocatoria del proceso selectivo se plantea si podría considerarse conforme a lo que dictan las bases de la convocatoria el Acuerdo adoptado por el Tribunal Calificador con fecha 4 de julio de 2016 sobre la calificación del primer ejercicio de la oposición, en atención a la discrecionalidad técnica de los Tribunales y las facultades interpretativas del Tribunal Calificador o bien debe procederse a una calificación según la interpretación literal de la base 8 tal y como se ha efectuado en el Acuerdo adoptado por el Tribunal Calificador de fecha 18 de octubre de 2016.

Se vuelve a reiterar la consulta que se realizó a la Dirección General de Servicios Jurídicos, ya que, a pesar de la manifestación que realiza la Letrado en su informe (páginas 3 y 6 del informe), las bases de la convocatoria no fijan el aprobado o el '5' de la primera parte en 12,5 puntos y el aprobado o el '5' de la segunda parte en 25, sino lo siguiente:

'8.1. El primer ejercicio de la oposición se calificará de 0 a 30 puntos, valorándose la primera parte de 0 a 10 puntos, y la segunda parte de 0 a 20 puntos, y será necesario alcanzar como mínimo 5 puntos en la primera parte y 10 puntos en la segunda parte para superarlo y pasar al siguiente.'

Es una cuestión determinante, por lo tanto, la de valorar si el número de preguntas del primer ejercicio y su calificación se adecua a las bases de la convocatoria. Analizando el número de preguntas del primer ejercicio (78), parece en principio correcto porque la convocatoria permite un máximo de 90. En cuanto a la penalización de las contestaciones erróneas, también parece correcto ya que la convocatoria establece que se valorarán negativamente. Al no haber establecido la convocatoria el procedimiento de valoración negativa, parece adecuado que lo realice el Tribunal al establecer que las preguntas (sic) contestadas no se consideran y que las contestaciones

erróneas se valoran negativamente con el valor de una contestación correcta.

La duda interpretativa se plantea poniendo en relación la decisión del Tribunal de elegir el número de 75 preguntas (25 en la primera parte y 50 en la segunda) con la manera de calificarlas que señala la base 8 de la convocatoria.

Si atendemos a una interpretación literal del precepto y a la conclusión de que el 5 se corresponde con la mitad de las preguntas contestadas correctamente (preguntas netas, ya que cada contestación errónea resta una contestación correcta), resulta matemáticamente imposible alcanzar el mínimo de 5 puntos. Así la mitad de 25 preguntas da un resultado de 12,5 y si ese resultado entendemos que corresponde con un 5, resulta evidente que es imposible de obtenerlo. Dicho de otra manera, esa interpretación literal del precepto de que el 5 se corresponde con la mitad de las preguntas supone efectuar una valoración de 0,4 por pregunta (10 dividido por 25) y matemáticamente es imposible así alcanzar un 12,5 que sería la correspondencia con el 5.

2º) Respecto a si los recursos de alzada interpuestos contra el Acuerdo de 4 de julio de 2015 deben calificarse jurídicamente como de 'alegaciones' y no son susceptibles de recurso de alzada o bien si deben ser calificados como actos de trámite cualificados ya que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento y producen indefensión.

3º) Respecto al Acuerdo del Tribunal Calificador de 28 de octubre de 2016. Si resulta conforme a derecho este Acuerdo que 'deja sin efecto el punto segundo del Acuerdo de 4 de julio de 2016', sin realizar ningún procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad.»

[…]

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

[…]

III

DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO DEL PRIMER TRIBUNAL CALIFICADOR.

La primera pregunta que se nos formula – y auténticamente básica para la respuesta a todas las demás- es si el Acuerdo de 4 de julio de 2016, del "primer" Tribunal calificador, es el adecuado a las bases de la convocatoria o si, al contrario, lo es el del "segundo" Tribunal calificador, y adoptado el 18 de octubre de 2016.

Debemos hacer alguna precisión adicional sobre lo indicado sucintamente en el anterior párrafo: el acuerdo de 4 de julio de 2016 fue adoptado tras la realización del primer ejercicio y antes de hacerse pública la lista de aprobados (lista que no llegó, finalmente, a hacerse pública, por los trastornos jurídicos que la difusión de la adopción de ese acuerdo de 4 de julio de 2016 llevó consigo con la presentación de distintos recursos y alegaciones). El acuerdo de 18 de octubre de 2016, sin embargo, se adoptó al par que se publicaba la lista de aprobados. Conviene indicar que conforme al primer acuerdo, habría un total de 379 aprobados (cifra que el primer Tribunal calificador mencionó en el escrito elevado al IAAP y en el que solicitaba la emisión de un informe sobre la problemática planteada por los recursos y alegaciones de los opositores disconformes con él, pero ello

no llevaba consigo la publicación, insistimos, de los opositores aprobados) mientras que con el acuerdo del segundo tribunal calificador, de 18 de octubre de 2016, se hizo pública una lista de 32 aspirantes aprobados.

Las respuestas –desarrolladas en el plano interno y a través de informes dirigidos a los órganos competentes– de la Administración Pública en relación a la problemática suscitada, han sido semejantes. Así, el informe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública de 16 de septiembre de 2016, emitido en respuesta a la petición realizada por el primer Tribunal calificador, rechazaba la función interpretativa llevada a cabo por éste, lo que determinó la dimisión de la mayoría de los miembros de ese primer Tribunal y el nombramiento de otros por Resolución de 30 de septiembre de 2016 (segundo Tribunal calificador que revocó el acuerdo de 4 de julio de 2016 por el suyo de 18 de octubre de 2016); en la misma dirección se desarrolla el informe de una letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, letrada que lo emite con fecha 3 de febrero de 2017 y lo hace, en lo sustancial, con estas palabras bien taxativas:

> «*...debemos señalar que el Acuerdo adoptado por el Tribunal con fecha 4 de julio de 2016 es contrario a Derecho, debiendo admitirse como válido el Acuerdo emitido por el nuevo Tribunal Calificador con fecha 18 de octubre de 2016*» (pág. 13 de su informe).

Sin embargo y pese a esa unanimidad, la consulta que nos formula el Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas pone en duda el informe de esta Letrada cuando indica (juzgamos conveniente, por la importancia que tiene esta cuestión, reiterar en este momento los términos concretos de la consulta que ya han aparecido en la narración de los antecedentes de hecho) que:

> «*Se vuelve a reiterar la consulta que se realizó a la Dirección General de Servicios Jurídicos, ya que, a pesar de la manifestación que realiza la Letrada en su informe (páginas 3 y 6 del informe), las bases de la convocatoria no fijan el aprobado o el '5' de la primera parte en 12,5 puntos y el aprobado o el '5' de la segunda parte en 25, sino lo siguiente (el resalte tipográfico es nuestro):*
>
> '*8.1. El primer ejercicio de la oposición se calificará de 0 a 30 puntos, valorándose la primera parte de 0 a 10 puntos, y la segunda parte de 0 a 20 puntos, y será necesario alcanzar como mínimo 5 puntos en la primera parte y 10 puntos en la segunda parte para superarlo y pasar al siguiente*'.»

Y tras indicar que la fijación del número de preguntas en 75, 25 para la primera parte del ejercicio y 50 para la segunda, (recordemos que la fijación del número de preguntas se hizo mediante acuerdo del primer Tribunal calificador de 28 de abril de 2016, acuerdo que es *anterior* a la celebración del primer ejercicio de las pruebas, que tuvo lugar el día 19 de junio de 2016), es adecuada a las bases de la oposición que establecían un número máximo de 90, explica que:

> «*la duda interpretativa se plantea poniendo en relación la decisión del Tribunal de elegir el número de 75 preguntas (25 en la primera parte y 50 en la segunda) con la manera de calificarlas que señala la base 8 de la convocatoria)*».

En relación a ello es conveniente decir que el acuerdo de 4 de julio de 2016 (adoptado después de celebrarse el ejercicio, volvemos a insistir en esa cuestión que, para nosotros, será básica como indicaremos más adelante) y fundándose en lo que indica la base 5 de la convocatoria sobre los poderes del Tribunal («*El Tribunal resolverá todas las cuestiones derivadas de la aplicación de las bases de esta convocatoria durante el desarrollo de las pruebas selectivas*») contenía la siguiente prescripción:

«*Segundo: De acuerdo con la base 8.1 de la Resolución de 8 de junio de 2015, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, que determina que será necesario alcanzar como mínimo 5 puntos en la primera parte y 10 puntos en la segunda parte para superar el primer ejercicio y pasar al siguiente, se acuerda:*

La puntuación directa neta de las dos partes del primer ejercicio se calcula conforme a la siguiente fórmula: 'A-E' (siendo 'A' el número de aciertos y 'E' el número de errores). Las preguntas no contestadas no se consideran y las contestaciones erróneas se valoran negativamente con el valor de la contestación correcta.

Parte primera del ejercicio: se acuerda que la puntuación directa neta de 8 corresponde con la calificación de 5 puntos, siendo la puntuación directa neta de 25 equivalente a la calificación de 10 puntos.

Segunda parte del ejercicio: Se acuerda que la puntuación directa neta de 16 corresponde con la calificación de 10 puntos, siendo la puntuación directa de 50 equivalente a la calificación de 20 puntos.

Tercero: Informar a los aspirantes que con fecha 29 de junio se ha solicitado al Servicio de Informática y Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza la lectura y tratamiento de los exámenes con lectura óptica, que tendrá lugar a partir de la fecha del presente acuerdo».

Y es en el marco de este conjunto de circunstancias en el que tenemos que establecer nuestra respuesta a la primera de las preguntas formuladas.

Pues bien, lo primero que debemos indicar leyendo, simplemente, las bases de la convocatoria, es que en éstas no se fija cuál es el nivel que debe ser alcanzado por cada uno de los opositores para que se considere que ha superado el primer ejercicio. Obsérvese que lo que dicen las Bases expresamente es que la superación de la primera parte del primer ejercicio exige alcanzar una puntuación de 5 y la superación de la segunda parte del ejercicio una puntuación de 10, pero en modo alguno se concreta en las bases cómo se alcanza ese 5 y cómo se alcanza ese 10, teniendo en cuenta que se formulan 25 preguntas en la primera parte del primer ejercicio (y 50 preguntas en la segunda parte del primer ejercicio) y que en todos los casos a los aciertos se restan los fallos siendo las respuestas en blanco neutrales respecto a la puntuación final.

Y la respuesta a la cuestión planteada en el anterior párrafo no es simple, puesto que dado que las respuestas correctas a algunas preguntas dan lugar a una puntuación que puede ir disminuida por las respuestas negativas (así está dicho en las bases de la convocatoria) mientras

que las preguntas dejadas en blanco no cuentan para el resultado final, debe establecerse, necesariamente, cuál es el número "neto" (calificando de esa forma al resultado de restar de las respuestas acertadas las falladas) que debe entenderse que cuando se alcance por un opositor hará que éste reciba una puntuación de 5 y de 10, o sea el aprobado. Aprobado que, se recuerda que dicen expresamente las bases, se alcanza con un 5 en la primera parte del ejercicio y un 10 en la segunda pero, se insiste, sin concretar esas bases cómo se llega por los opositores que realicen el ejercicio al 5 o al 10.

Esto es más fácilmente entendible con la formulación de un ejemplo. Así, en el caso de una persona que de las 25 preguntas formuladas en la primera parte del ejercicio hubiera respondido a 15 acertadamente y fallado 3 dejando el resto (7) en blanco, su puntuación final, su resultado "neto", sería 12. Si otra persona hubiera respondido acertadamente a 18 y hubiera fallado 6 dejando el resto en blanco (1), su puntuación también sería 12. Si, finalmente, otro opositor hubiera respondido acertadamente a 13 dejando en blanco 12, su resultado "neto" sería 13. Solo este último, según el acuerdo del segundo Tribunal de 18 de octubre de 2016 (que dejó sin aplicación lo que dijo el primer tribunal y optó por una interpretación según la que, en su aplicación, debía alcanzarse una puntuación de 12'5 para que se entendiera obtenido un 5) hubiera superado la prueba pero es evidente que los dos primeros poseían materialmente más conocimientos (habían acertado 15 y 18 preguntas, respectivamente) que el tercero que solo había acertado 13.

Y, sobre todo, lo que es cierto es que el aprobado no lo habría hecho con 12'5 puntos que es el límite (la "raya") que, idealmente, debería alcanzarse para entender superada la prueba (con una puntuación de 5) según los informes del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública y de la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y a lo que conduce, indefectiblemente, el acuerdo del segundo tribunal de 18 de octubre de 2016. Habría acertado 13, y eso es lo que le otorgaba 5 puntos. Si hubiera obtenido 12, no se entendería que hubiera superado la prueba. Pero que el 12 signifique suspenso o el 13 aprobado, es una convención interpretativa (interpretación sobre interpretación) porque lo que literalmente se desprende del acuerdo es que se obtienen 5 puntos con un resultado "neto" de 12'5, resultado imposible de alcanzar. Por nadie.

Es claro que ninguno de los dos suspendidos (ni el aprobado, claro) podrían haber alcanzado esa puntuación en la primera parte del primer ejercicio, cosa que también sucedería al resto de los opositores (en todas las situaciones posibles más allá de los ejemplos que referimos) porque, tal y como dice la consulta, es matemáticamente imposible, con el sistema de aciertos que suman y fallos que restan, que se alcance un número que tenga un decimal. El resultado "neto" siempre tiene que ser un número "entero": 8, 9, 10, 11, 12, 13…pero nunca 12'5.

Ello quiere decir varias cosas:

Que si se acepta que el número de preguntas que se van a formular sea impar (como sucede con la primera parte del primer ejercicio), la "raya" del aprobado nunca puede establecerse en un número con decimales si se sigue el acuerdo del

segundo tribunal (y de los dos informes de la Administración que constan en el expediente recibido en este Consejo Consultivo), porque ese número no puede, matemáticamente, ser alcanzado por nadie.

Que es posible formular un número de preguntas impar porque ello no se opone a las bases de la convocatoria.

Que necesariamente, en un sistema en el que no computan solo los aciertos, sino también los fallos, el sistema de determinación de la superación de la prueba, debe ser establecido expresamente, para no conducir a situaciones imposibles de solventar (la señalada).

Que el establecimiento expreso de la "raya" de superación deberá hacerse buscando, también, un principio de justicia material y no castigando, innecesariamente, a quienes más aciertos alcanzan.

Que ello es más necesario, si cabe, cuando en ningún momento las bases de la convocatoria han indicado que la superación del primer ejercicio en cada una de sus dos partes, debe implicar que se ha obtenido un número de puntos superior a la mitad matemática del número de preguntas formuladas en cada una de sus partes.

Que, al contrario, lo que dicen las bases de la convocatoria, es que se superan las dos partes del primer ejercicio alcanzando 5 puntos en la primera parte del ejercicio y 10 en la segunda.

Que, en consecuencia, ello hace absolutamente necesario que se precise cómo se alcanzan esos 5 y 10 puntos.

Y para conseguir esa precisión es para lo que sirve la facultad otorgada a los Tribunales en las bases de la convocatoria («*El Tribunal resolverá todas las cuestiones derivadas de la aplicación de las bases de esta convocatoria durante el desarrollo de las pruebas selectivas*», dice la base quinta), de llevar a cabo la interpretación correspondiente. El argumento de reducción al absurdo, sirve una vez más para concordar en lo que decimos: si el Tribunal no dispusiera de esta facultad interpretativa (o no la usara), la oposición (al menos el primer ejercicio) no podría celebrarse de ningún modo porque no hay forma de determinar cómo se supera el primer ejercicio solo con lo indicado en las bases. Ello, frente a lo que dice el informe de la Letrada, no está determinado en las bases, para concordar en lo cual basta meramente con leer la convocatoria.

¿Quiere ello decir, entonces, que el acuerdo del primer tribunal era ajustado a derecho en tanto en cuanto servía para determinar la forma de superar el primer ejercicio?: No y por una razón elemental que exponemos a continuación.

Efectivamente, los opositores realizaron este primer ejercicio sin conocer las reglas de juego, o sea la forma de superarlo. Lo único que sabían es que la primera parte del ejercicio constaba de 25 preguntas y la segunda de 50 (tal y como figuró en el acuerdo del primer tribunal calificador de 28 de abril de 2016). Y conocían también –lo decía la convocatoria además de recordarlo el acuerdo de 28 de abril de 2016– que se restarían los fallos de los aciertos siendo las preguntas en blanco neutrales respecto a la calificación, pero ignoraban la puntuación que debía alcanzarse para superar el ejercicio y que, como ya hemos indicado, en ningún caso podía ser, para la primera parte, la de 12'5 (porque matemática-

mente era imposible), o la de 12, o la de 13, porque conducía a situaciones incoherentes en todos los casos en relación con lo afirmado en la convocatoria de forma general.

En esas circunstancias los opositores realizaron el ejercicio en una completa incertidumbre respecto a la forma como se juzgaría la superación de la oposición. Algunos –imaginamos– eligieron ser muy prudentes y responder solamente a lo que tuvieran absolutamente claro. Sería, en el caso de las respuestas a la primera parte del ejercicio, el supuesto del tercer opositor en el ejemplo que hemos indicado anteriormente. Tenía seguridad en relación a 13 respuestas y fueron las únicas que respondió dejando las otras en blanco. Otro fue menos prudente, quizá por conocedor de que poseía mayores conocimientos, así que respondió acertadamente a 18, pero al fallar 6 su puntuación neta bajó a 12. Otro, en un nivel intermedio de prudencia, acertó 15 y falló 3.

Con el criterio del primer tribunal (los 5 puntos se obtenían con una puntuación "neta" de 8), los tres hubieran superado la primera prueba (hacemos abstracción ahora de lo que hubiera sucedido con la segunda parte del primer ejercicio). Con el criterio del segundo tribunal (la raya en 12'5), solo lo hubiera hecho aquel cuya actuación hemos calificado como de "muy prudente" que había alcanzado en la primera parte del primer ejercicio una puntuación de 13.

Pero eso, como decimos, no sirve para que validemos el acuerdo del primer tribunal porque lo adoptó el día 4 de julio de 2016 habiéndose celebrado el ejercicio el día 19 de junio, o sea, dos semanas antes. Por lo tanto los opositores no sabían el día de la celebración del ejercicio si debían guiarse por la máxima prudencia o por la máxima espontaneidad. Es fácil imaginar que conocedores de que la raya se establecía en la baja cifra neta de 8, se hubieran animado a ser más "espontáneos" en las respuestas. Si, al contrario, hubieran sabido que la raya estaría en el 12'5 (y no es extraordinario que, entonces, algunos pensaran que por aproximación y ante la imposibilidad de alcanzar esa cifra el Tribunal podía poner la separación en 13), la tentación natural habría sido la de obrar con una mayor prudencia, porque el listón a alcanzar se situaba más arriba.

También es perfectamente posible que algunos estuvieran convencidos de que la calificación positiva exigía superar la cifra de 12'5 (o 13) y que otros, por dimes y diretes, o costumbres conocidas de la práctica de de otros tribunales, tuvieran la convicción de que, posteriormente, el tribunal acordaría el resultado "neto" concreto que serviría para superar el ejercicio. Unos guiados por costumbres, otros por intuición, otros por su forma, personal e intransferible, de interpretar las bases (su silencio, más bien), se situaban, realmente, en una posición de desigualdad a la hora de llevar a cabo el ejercicio.

Y lo cierto es que los que pensaban –en nuestra hipótesis– que, posteriormente, el Tribunal fijaría la "raya" concreta para superar el ejercicio, estaban en lo cierto. Y el Tribunal lo hizo, dentro de su discrecionalidad interpretativa a la que inequívocamente llevaban las bases –y discrecionalidad necesaria para que, simplemente, pudiera calificarse el ejercicio– con un acuerdo frente al que no encontramos tacha alguna de ilegalidad y que juzgamos, desde otro punto de vista y como ya hemos indicado, como un punto "esti-

mulador de la espontaneidad" y, por tanto, favorable a responder a más preguntas que si se hubiera establecido en 12 o 13 (12'5, imposible) la cifra de superación de la primera parte del ejercicio. (Y lo mismo podríamos decir en relación a la segunda parte, lo único que allí no se encuentra la dificultad de alcanzar una cifra con decimales puesto que el número de preguntas era par, 50, y por tanto siempre sería un número "entero" el que podrían alcanzar los opositores).

En suma, si el acuerdo de 4 de julio de 2016 hubiera sido establecido y hecho público con ocasión de la fijación del número de preguntas (o sea el 28 de abril de 2016) o cualquier día posterior, pero siempre antes del 19 de junio de 2016, el acuerdo del primer tribunal lo hubiéramos juzgado perfectamente válido porque venía a resolver, usando de las facultades interpretativas del Tribunal previstas en las bases, un problema que las bases no afrontaban: la determinación de cuál es el número "neto" resultante de la adición de aciertos y resta de desaciertos, que da lugar a la obtención de la mínima nota (5) pensando que también en ese acuerdo se habrían establecido las circunstancias para, proporcionalmente, fijar el número de puntos a alcanzar (en relación a la cifra "neta") que daría lugar a las puntuaciones que van entre el 5 y el 10 (es evidente que una cifra "neta" de 25 da lugar a 10 puntos, pero hay que determinar la equivalencia a la cifra "neta" de 24, 23, 22 etc… y lo mismo sirve para la segunda parte del ejercicio.

Ante la falta de conocimiento previo de las reglas de juego, pensamos que el ejercicio primero (el celebrado el día 19 de junio de 2016) y su hipotética calificación (que no fue conocida individualmente) no puede dar lugar a ninguna consecuencia jurídica, ni favorable para unos ni desfavorable para otros. Y ello porque ese acuerdo lo juzgamos inconstitucional, por afectar al derecho fundamental al acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad a que se refiere el art. 23.2 de la Constitución española, dado que su adopción posterior a la celebración del ejercicio, sitúa a los opositores en una posición desigual puesto que unos pudieron –tal y como ya hemos indicado– realizar su ejercicio guiados por unos valores, intuiciones, conocimientos de la práctica administrativa seguida en otras ocasiones etc…, distintos de los que guiaron a otros.

Y desde otras perspectivas, las procedimentales y que interesan al autor de la consulta, el acuerdo de 4 de julio de 2016, debe juzgarse como un acto de trámite, no definitivo, pero que determina indefensión, si bien la indefensión (materialmente) puede predicarse, además, de la misma celebración del ejercicio (el 19 de junio de 2016) sin conocerse las reglas de juego de su calificación, celebración del ejercicio que también es un acto administrativo.

Es decir y para que se comprenda perfectamente nuestra posición: entendemos que para que hubiera podido ponerse en marcha legítimamente la oposición convocada en 2015 y calificar el primer ejercicio (en sus dos partes) hubiera sido necesaria la adopción por el Tribunal de un acuerdo como el de 4 de julio de 2016 (no entramos en la cuestión de si la "raya" debe estar establecida en la puntuación neta de "8" o de la de "9", "7" o "10", siempre que sea alcanzada de forma racional y permita, a la vista de la misma, discernir que los conocimientos demostrados por los aspirantes son suficientes para la superación del ejercicio)

usando de las facultades interpretativas que las mismas bases otorgan al Tribunal. Pero el defecto jurídico no es el del acuerdo en sí, sino del tiempo en el que el acuerdo fue adoptado y comunicado a los opositores, pues las reglas de la calificación del primer ejercicio deberían haber sido acordadas y conocidas por los aspirantes antes de que éste se hubiera llevado a cabo. Ese es el defecto jurídico producido, que sitúa a los aspirantes en el supuesto de indefensión que hemos indicado, no el contenido material del acuerdo.

Y ese defecto jurídico hace que se entienda violentado el art. 23.2 CE y que, por tanto, la actuación administrativa del primer tribunal calificador pueda juzgarse nula de pleno derecho en función de lo previsto en el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que es la norma aplicable, por el momento temporal en que tuvieron lugar estas actuaciones, para calificar las mismas. Más adelante volveremos, de forma recopilatoria y con el tratamiento conjunto con el acuerdo del segundo tribunal calificador de 18 de octubre de 2016, a estas cuestiones y, sobre todo, a sus consecuencias.

IV
DE LA POSIBILIDAD DE FORMULAR RECURSOS DE ALZADA CONTRA EL ACUERDO DE 4 DE JULIO DE 2016.

Como se ha indicado en los antecedentes del Dictamen y siguiendo lo que indica la consulta, el acuerdo de 4 de julio de 2016 fue seguido de la formulación por parte de algunos opositores de recursos de alzada respecto a los que se duda de su naturaleza jurídica y de su forma de tramitación. La segunda pregunta que nos formula el Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas, dice así:

> «*2º Respecto a si los recursos de alzada interpuestos contra el Acuerdo de 4 de julio de 2016 deben calificarse jurídicamente como de "alegaciones" y no son susceptibles de recurso de alzada o bien si deben ser calificados como actos de trámite cualificados ya que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento y producen indefensión*».

Y como ya se ha anticipado, la pregunta está, evidentemente, mal redactada debiendo hacerse por parte de este Consejo Consultivo un esfuerzo de raciocinio para tratar de entender lo que quiere preguntar, en realidad, el Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas.
Y ello porque los "recursos" formulados por los opositores en ningún caso pueden ser calificados "como actos de trámite cualificados". Los actos de trámite los produce la Administración (en este caso el primer Tribunal calificador), no los ciudadanos (en este caso los opositores al recurrir o alegar). Por ello la calificación como acto de trámite procederá, o no, en relación al Acuerdo de 4 de julio de 2016, y si se conviene en que esa es su naturaleza, la siguiente pregunta (que, por cierto, ya hemos respondido al final de la anterior consideración jurídica) será la de si se trata de un acto de trámite "cualificado", en el sentido de que imposibilite continuar el procedimiento o produzca indefensión (cfr. art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Adminis-

trativo Común, que es la norma aplicable al supuesto por la fecha en que se produjo y en la que esta Ley es la que estaba en vigor, debiendo, además, ver sobre ello lo que indica la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), supuesto que, en caso de ser respondido positivamente, determinará que el acto sea susceptible de la interposición de recurso de alzada.

Pues bien, en esas circunstancias debemos responder que el Acuerdo de 4 de julio de 2016 (no los recursos de los opositores) es un acto de trámite, no un acto definitivo. Acto definitivo, en el marco de una oposición, será la propuesta del Tribunal, realizada al órgano administrativo competente, que contenga la identificación de los opositores que han superado la oposición para que se proceda, tras los trámites correspondientes, a su nombramiento como funcionarios. Todo lo que suceda en el ínterin (el período de tiempo desde la convocatoria de la oposición hasta la propuesta que mencionamos) son solo actos de trámite.

Y conforme a lo que indica la Ley 30/1992, los actos de trámite son, regularmente, solo susceptibles de que frente a ellos se formulen alegaciones o quejas, pero las posibles irregularidades o ilegalidades que hayan podido cometerse, solo se podrán hacer valer en los recursos que, hipotéticamente, se formulen contra el acto definitivo, en el que se podrán hacer constar todos ellos (cfr. arts. 79 y 107.1 de la Ley 30/1992).

Ello solo tiene la excepción de que se trate, tal y como dice la consulta siguiendo el art. 107.1 de la Ley 30/1992, de un acto de trámite "cualificado" que impida continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Y, como hemos indicado, ese es el supuesto del acuerdo del primer tribunal de 4 de julio de 2016 (y de la misma celebración del ejercicio el día 19 de junio de 2016, tal y como hemos añadido a efectos puramente pedagógicos, inicialmente, pero también para que pueda observarse la misma extensión de las actuaciones irregulares en este procedimiento selectivo, lo que guarda relación con la recomendación general con la que concluirá la respuesta a la consulta formulada).

La indefensión producida, y volviendo otra vez a lo que dijimos en la anterior consideración jurídica, guarda clara relación, además, con el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, derecho de acceso al que se refiere el art. 23.2 de la Constitución española. En un supuesto como el que nos encontramos, ha sido legítima la convocatoria de la oposición, igual que lo es (materialmente) el acuerdo de 4 de julio de 2016, pero no el momento en el que los opositores lo han conocido, con posterioridad a la celebración del ejercicio, lo que les ha situado a todos ellos (volvemos a remitirnos a la anterior consideración jurídica donde ya hemos establecido el argumento general en relación a la violación del art. 23.2 CE) en condiciones de desigualdad.

Cabía legítimamente, por lo tanto, que se formularan por los interesados recursos de alzada contra el acuerdo de 4 de julio de 2016, pues ello es lo que se desprende, sin género de dudas, de lo preceptuado en el art. 107 de la Ley 30/1992.

V
DE LA INNECESARIEDAD DE REALIZAR UN PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DADA LA NULIDAD DEL ACUERDO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016.

Y la tercera pregunta formulada es la de la legitimidad del acuerdo del segundo tribunal de 18 de octubre de 2016, de dejar sin efecto el punto segundo del acuerdo de 4 de julio de 2016, sin realizar ningún procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad.

La cuestión planteada en esta pregunta (que, según la consulta, también se contiene en algún recurso contra el acuerdo de 18 de octubre de 2016 por aquellos que sostienen la validez del acuerdo de 4 de julio de 2016), solo tiene sentido si se tratara de afirmar (confirmar) la legalidad del acuerdo "sustitutivo" de 18 de octubre de 2016. En caso contrario, la especulación sería enteramente inútil.

Y lo cierto es que, como ya hemos indicado, nosotros opinamos que no es válido el de 4 de julio de 2016 (por las razones indicadas con anterioridad) pero ahora vamos a añadir que tampoco lo es el acuerdo del segundo tribunal calificador de 18 de octubre de 2016, pues supone la afirmación de algo que es de imposible realización matemática. Como ya se ha indicado, un sistema calificador en el que los aciertos a algunas de las 25 preguntas de la primera parte del primer ejercicio se suman y son objeto, inmediatamente, de resta cuando se han fallado otras, determina que el resultado final será siempre un número entero (10, 12, 13, 15…) pero nunca un número con decimales. Por ello es matemáticamente imposible que la "raya" para la superación de la primera parte del primer ejercicio se sitúe en el 12'5, que es el resultado al que conduce el acuerdo de 18 de octubre de 2016 (y los informes del servicio jurídico de la Dirección General de la Función Pública y de la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, apostillamos ahora).

Y cuando un acto administrativo se juzga, por sus consecuencias ínsitas al mismo, de contenido imposible, ese acto es nulo. Es decir, dicho acuerdo nos situaría ante un acto de contenido imposible, en la terminología que hoy regula el art. 47. 1. c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y antes lo hacía el art. 62 1 c) de la Ley 30/1992 para predicar la nulidad de los mismos. Y también podríamos remontarnos al art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, con lo que quedaría palmario que la vinculación entre imposibilidad y nulidad del acto administrativo es algo completamente anclado en la tradición del derecho administrativo español.

Pues si el acto (de 18 de octubre de 2016) llamado a sustituir a otro (de 4 de julio de 2016) que también hemos calificado de nulo (y que de tal lo califican, aunque por otras razones, los informes administrativos presentes en el expediente remitido a este Consejo Consultivo), es nulo, es claro que no estamos ante la alternativa de sustituir un acto por otro sino que nuestra postura es que ninguno de los dos actos está adecuadamente ajustado a los presupuestos básicos del ordenamiento jurídico aplicable: el de 4 de julio de 2016, porque causa indefensión a los opositores y supone un desconocimiento de las condiciones formales que deben presidir el acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de

igualdad, ex art. 23.2 CE; y el de 18 de octubre de 2016, porque es de realización imposible, ya que implica situar en 12'5 la "raya" de superación de la primera parte del primer ejercicio, condición de realización imposible (al ser impar el número de preguntas formuladas y ser ello correcto dentro de lo que determinan las bases de la convocatoria), lo que da lugar, en los términos del precepto antes mencionado de la Ley 39/2015, a concluir en la nulidad de dicho acto.

Todo lo cual quiere decir, en línea de pura lógica argumental, que si los dos acuerdos presentan defectos jurídicos insuperables y el segundo no puede, en modo alguno sustituir al primero, la solución jurídica a ofrecer a éste, en apariencia, complicado supuesto debe ser distinta de las que hasta este momento se han planteado en el largo y complejo procedimiento administrativo sobre el que emitimos opinión.

Esa solución jurídica solo puede consistir en realizar un procedimiento de selección de los funcionarios de la "Escala Auxiliar Administrativa, Auxiliares administrativos" adecuado a lo que indican las bases de la oposición y el ordenamiento jurídico en general. Resumiendo lo que debe hacerse en unas pocas palabras: se trata de repetir el primer ejercicio de la oposición y de hacerlo en unas condiciones adecuadas que para nosotros estarían compuestas de las siguientes premisas:

Decimos, en primer lugar, repetir el ejercicio porque en ningún momento se ha puesto en duda –y nosotros tampoco lo vamos a hacer– que la convocatoria de las pruebas selectivas realizada con fecha 8 de junio de 2015 (BOA núm. 121, de 26 de junio de 2015) tenga un defecto jurídico. Esa convocatoria es perfectamente válida y no tiene que ser corregida (o sustituida por otra) en lo más mínimo.

De la misma forma que también es válido el acuerdo del primer tribunal calificador de 28 de abril de 2016, en el que se fijó el número de preguntas a formular en la primera y segunda parte del primer ejercicio y se recordó el principio ya establecido en las bases acerca de que los fallos cometidos se restarían de los aciertos. El principio tradicional de conservación de los actos administrativos que hoy se contiene en el art. 51 de la Ley 39/2015 (ya citada) nos lleva a esta lógica conclusión.

De igual modo que el principio de conservación de los actos administrativos conduce a la validez y permanencia del nombramiento del segundo tribunal calificador llevado a cabo por resolución de 30 de septiembre de 2016 por la que se modificó la composición del primero.

Igualmente es válido el acuerdo adoptado el 4 de julio de 2016 que constituye una necesaria interpretación para poder calificar el primer ejercicio y determinar qué opositores lo han superado. Se recuerda que el defecto jurídico de este acuerdo no era, en nuestra opinión, el de su contenido, sino que no había sido conocido por los opositores antes de la realización del ejercicio, con lo que se les había producido indefensión afectando al art. 23.2 CE ya que había propiciado que los opositores se encontraran en condiciones de desigualdad para la realización del ejercicio (y aquí no sólo de la primera parte, sino también de la segunda parte del ejercicio).

Por todo ello procedería que, conforme a la convocatoria de 8 de junio de 2015, el Tribunal calificador (que es el que en

este dictamen se llama "segundo", y que es el existente en este momento, pues el primero desapareció tras el nombramiento realizado en septiembre de 2016 de los miembros del segundo) se reuniera y acordara la celebración, en la fecha que considerara conveniente, del primer ejercicio, reiterando en su acuerdo y a la par que hiciera pública la fecha, el contenido de los acuerdos de 28 de abril de 2016 y de 4 de julio de 2016.

A partir de este momento, la celebración de la oposición discurriría conforme a lo previsto en la resolución de 8 de junio de 2015, por la que se convocaron las pruebas.

Es evidente por todo lo indicado hasta ahora, que la asistencia de los opositores a la celebración del primer ejercicio no podría, en modo alguno, estar marcada (negativamente) por el conocimiento de los que acudieron al examen celebrado el 19 de junio de 2016. Podrán acudir ahora a la prueba todos aquellos de los opositores legítimamente admitidos a la oposición que lo desearan, sin que esté vinculada la asistencia por la necesidad de haber acudido a la celebración del primer ejercicio, pues el defecto original producido lo fue por el desconocimiento de las reglas de juego, desconocimiento que es general, tanto por los que acudieron a celebrar el ejercicio el 19 de junio de 2016 como por los que no lo hicieron. Podríamos decir, simplificando, que la oposición volvería a empezar en el momento de la fijación de la fecha de celebración del primer ejercicio por el Tribunal ahora existente (el segundo) que se haría pública al tiempo en el que, también, se hacían públicas las condiciones de superación y que, por tanto, no podría existir ningún "derecho adquirido" por parte de nadie, a que solo pudieran ser admitidos a concurrir al primer ejercicio a los que se presentaron el 19 de junio de 2016.

En el siguiente apartado del Dictamen tratamos de la forma de hacer operativo por parte del órgano competente del Departamento de Hacienda y Administraciones Públicas lo que hemos indicado hasta este momento.

VI
DE LA APLICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES A LAS QUE SE LLEGA EN ESTE DICTAMEN.

Como resulta de la formulación de la consulta (reproducida en los antecedentes de hecho de este Dictamen) y del expediente recibido en este Consejo Consultivo, tanto el acuerdo de 4 de julio de 2016 como el de 18 de octubre de 2016, han sido objeto de distintos recursos de alzada o alegaciones. Incluso se ha producido posteriormente la formulación de recursos de reposición contra la Orden del Consejero que acordó la suspensión de las pruebas e, igualmente, algunos interesados han solicitado la emanación de certificaciones acreditativas de los hipotéticos silencios administrativos que en la resolución de los múltiples "subprocedimientos" administrativos desarrollados, han ido teniendo lugar.

Pues bien, lo que procedería ahora en opinión de este Consejo Consultivo, es que todos los recursos de alzada, alegaciones y recursos de reposición formulados se resolvieran, con las notificaciones correspondientes a todos los interesados, de una forma uniforme en la que, con los mismos argumentos, el órgano administrativo competente en cada caso, hiciera saber a los distintos interesados que:

El acuerdo del primer tribunal de 4 de julio de 2016 es materialmente válido, pero formalmente no porque no se hizo público con anterioridad a la celebración del primer ejercicio, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 62. 1 a) de la Ley 30/1992 (ley aplicable), resulta nulo de pleno derecho, por incurrir en el supuesto de lesionar un derecho (el del art. 23.2 CE) que es susceptible de amparo constitucional.

El acuerdo del segundo tribunal de 18 de octubre de 2016 resulta nulo por ser de contenido imposible [art. 47.1. c) de la Ley 39/2015 y art. 62. 1 c) de la Ley 30/1992] dado que conduce indefectiblemente a un resultado inalcanzable matemáticamente para entender producida la superación de la primera parte del primer ejercicio.

Que conforme a todo ello y basado en el principio de conservación de los actos (art. 51 de la Ley 39/2015) se decide reanudar la oposición, levantando la suspensión del procedimiento acordada por Orden del Consejero de Hacienda y Administración Pública de 28 de noviembre de 2016, decidiéndose que el Tribunal (el que ahora existe) se reúna y acuerde la fecha de celebración del primer ejercicio al que se aplicarán los acuerdos del Tribunal (primero) de 28 de abril de 2016 y de 4 de julio de 2016.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Aragón emite el siguiente **DICTAMEN**:

Que en el supuesto objeto de consulta se decide en relación a cada una de las tres preguntas formuladas al Consejo Consultivo por parte del Consejero de Hacienda y Administración Pública, lo siguiente:

Primero. El acuerdo del Tribunal calificador de 4 de julio de 2016 es nulo por incurrir en el supuesto regulado en el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo. Ese acuerdo, por causar indefensión, era susceptible de ser recurrido mediante la interposición del recurso de alzada por aquéllos opositores que entendieran que afectaba a sus derechos e intereses legítimos.

Tercero. Que no es necesario acudir al procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad para, en su lugar, entender aplicable el acuerdo del Tribunal calificador de 18 de octubre de 2016, pues éste es también nulo por ser un acto de contenido imposible tal y como indica el art. 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Y la forma de hacer operativas estas conclusiones se encuentra especificada en la sexta de las consideraciones jurídicas de este dictamen.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Dictamen 102/2016

Sobre el Anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, para la inclusión de medidas de regeneración democrática, de 12 de mayo.

[…]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- […]

SEGUNDO.- Contenido del anteproyecto de ley.

El proyecto sometido al dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora tiene por objeto llevar a cabo una reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en cuatro concretos aspectos referidos a la reducción del número de diputados de la Asamblea de Madrid; la creación de circunscripciones electorales inferiores a la provincia; la eliminación del aforamiento de los diputados de la Asamblea y de los miembros del Gobierno de la Comunidad de Madrid y la limitación del mandato del presidente de la Comunidad de Madrid, los vicepresidentes y consejeros a dos legislaturas.

La finalidad de la reforma propuesta se explicita en la parte expositiva de la norma y responde a la voluntad de quien ejerce la iniciativa legislativa, en este caso el Gobierno de la Comunidad de Madrid, de adoptar medidas de regeneración democrática, pues según explica «*se hace preciso acercar los representantes políticos a los ciudadanos y eliminar ciertas prerrogativas de los cargos públicos*» para que «*los Diputados tengan un mayor conocimiento de las peculiaridades propias de su circunscripción y, al mismo tiempo, los ciudadanos perciban más próximos a sus representantes*».

El anteproyecto de ley consta de una parte expositiva y una parte dispositiva comprensiva de un artículo único dividido en seis apartados. El texto culmina con una parte final integrada por una disposición final única, relativa a la entrada en vigor y publicación de la ley.

La parte expositiva del proyecto responde al objetivo de expresar la finalidad de la norma a la que hemos hecho alusión anteriormente, al mismo tiempo que explica el contenido de la parte dispositiva que sigue a continuación.

El artículo único contempla la modificación de distintos artículos de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, de la siguiente manera:

El apartado uno modifica el apartado 2 del artículo 10 para reducir el número de diputados de la Asamblea de Madrid, fijando un mínimo de ochenta y un máximo de cien, y remitir a una ley de la Asamblea la fijación del número de diputados dentro de la horquilla señalada.

El apartado dos modifica el apartado 5 del artículo 10, que establece en su redacción actual, como circunscripción electoral, la provincia. La reforma remite a una ley de la Asamblea el establecimiento de una o varias circunscripciones electorales, señalar el ámbito territorial y, en su caso, la distribución de diputados entre las mismas.

El apartado tres modifica el apartado 6 del artículo 11 para eliminar el aforamiento especial de los diputados de la Asamblea, de manera que el conocimiento de las causas penales contra ellos, pase a corresponder al juez ordinario predeterminado por la ley.

El apartado cuatro del artículo único añade un apartado cuarto al artículo 17 para reducir el mandato del presidente de la Comunidad de Madrid a dos legislaturas.

El apartado quinto contempla la adición de un párrafo tercero al apartado 2 del artículo 22 para incluir también la limitación del mandato a dos legislaturas respecto a los vicepresidentes y consejeros.

El apartado seis modifica el artículo 25 para eliminar el aforamiento especial, en este caso, del presidente, vicepresidentes y consejeros, de manera que el conocimiento de las causas penales contra ellos, que hasta ahora estaba atribuido al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pase a corresponder al juez ordinario predeterminado por la ley. En cuanto a la responsabilidad civil en la que puedan incurrir los miembros del Gobierno por el ejercicio de sus cargos, se dispone que será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por remisión a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La parte final del proyecto contempla, en una única disposición, la entrada en vigor de la ley, prevista para el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, así como la obligada publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- […]

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Consideraciones generales. Análisis del marco constitucional y estatutario.

La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre (en adelante, Ley 7/2015), que dispone: «*En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los*

siguientes asuntos: a) Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», y a solicitud del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, órgano legitimado para ello de conformidad con el artículo 18 del ROFCJA.

En el análisis de la consulta remitida, esta Comisión Jurídica Asesora debe centrase en el examen de la adecuación de la reforma del Estatuto de Autonomía, propuesta a iniciativa del Gobierno de la Comunidad de Madrid, a la Constitución Española pues como ha subrayado el Tribunal Constitucional «*...el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental*» (STC 99/1986, de 11 de julio, F.4).

Para ello, antes de entrar en el examen del procedimiento y contenido de la norma, creemos oportuno hacer una breve referencia a la posición de los Estatutos de Autonomía en el orden constitucional así como a la rigidez de su reforma, con una particular mención al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Como es sabido, la Constitución Española estructura el poder del Estado sobre la base de los principios de unidad, autonomía y solidaridad. De esta manera el artículo 2 del texto constitucional afirma que «*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*». Todo ello sin perjuicio de otros principios que operan también de manera relevante, como es el principio de igualdad que la Constitución proclama en el artículo 139.1 como principio general de la organización territorial del Estado.

Partiendo de la unidad de la Nación española, la Constitución prevé la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, lo que expresa en el artículo 137 cuando dice «*el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*».

El Tribunal Constitucional ha dicho reiteradamente que nuestro sistema constitucional descansa en la adecuada integración del principio de autonomía en el principio de unidad, y en este sentido ha señalado que «*al consagrar ésta [la Constitución] como fundamentos, de una parte el principio de unidad indisoluble de la Nación española y, de la otra, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, determina implícitamente la forma compuesta del Estado en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales*» (así la STC 35/1982, de 4 de junio).

Como ha puesto de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional de manera

constante, la Constitución Española ha configurado un Estado compuesto, y en este sentido subraya que «*resulta indudable, a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles»* (STC 119/1992, de 18 de septiembre).

Llegados a este punto conviene detenernos en el papel que juegan los Estatutos de Autonomía dentro de la configuración del Estado diseñado por la Constitución Española. Así el artículo 147.1 de la Constitución declara lo siguiente:

«*Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*».

Al respecto, recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que el carácter que tienen los Estatutos de Autonomía como «*norma institucional básica*» de las Comunidades Autónomas «*atiende, sustancialmente, al relevante papel que la propia Constitución les atribuye en el sistema territorial de distribución del poder político, puesto que son las normas a través de las cuales opera el principio dispositivo. Este principio, ínsito en la Constitución y que opera dentro del marco jurídico regulado en la misma, otorga un importante margen de decisión al legislador estatutario, pues depende de su determinación, al elaborar y aprobar el Estatuto, incluso, la creación de la Comunidad Autónoma. Los Estatutos de Autonomía son, así, no sólo la norma fundacional de la correspondiente Comunidad Autónoma (arts. 143 y 151 CE), sino también la norma expresiva de su acervo institucional y competencial (art. 147.2 CE)*».

El Tribunal Constitucional ha precisado cuales son las características fundamentales de los Estatutos de Autonomía, que la citada Sentencia 247/2007, deslinda de la siguiente manera:

- En primer lugar, la necesaria confluencia de diferentes voluntades en su procedimiento de elaboración, rasgo que, según el Tribunal «es *más nítido en las sucesivas reformas de un Estatuto que en su aprobación inicial, pues la Constitución puso fin a un Estado políticamente centralizado en el que no existían aún Asambleas Legislativas autonómicas en sentido estricto, sino representaciones territoriales reguladas transitoriamente por la Constitución a los fines, precisamente, de la implantación de las Comunidades Autónomas (arts. 143 y 151 CE)*». A continuación precisa que «*la reforma de los Estatutos ya vigentes se realiza mediante un procedimiento complejo, que exige la intervención sucesiva de la Asamblea Legislativa autonómica y de las Cortes Generales, aprobando éstas el Estatuto mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE), con sometimiento a referéndum, en su caso*».

- La segunda característica de los Estatutos de Autonomía es la subordinación, como las restantes normas del Ordenamiento jurídico a la Constitución, norma suprema de nuestro Estado Autonómico (art. 9.1 CE). En relación a esta nota caracterizadora de los Estatutos de Autonomía ha dicho el Tribunal Constitucional que «*los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma*» (STC 4/1981, de 2 de febrero), así como que «*el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la norma fundamental*» (STC 99/1986, de 11 de julio).

- La tercera nota caracterizadora de los Estatutos de Autonomía es su rigidez. En palabras del Tribunal Constitucional, «*rigidez que es garantía del derecho a la autonomía que se ha ejercido y que refuerza su naturaleza de norma de cabecera del correspondiente ordenamiento autonómico*» (STC 247/2007).

Como síntesis de lo expuesto, puede indicarse que los Estatutos de Autonomía, constituyen la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (art.147 CE), que se encuentran subordinados directa e inmediatamente a la Constitución y que el legislador estatal aprueba bajo forma de Ley orgánica (art. 81.1 CE), reconociéndolos y amparándolos como parte integrante de su propio ordenamiento. Con los Estatutos de Autonomía se completa el diseño de la distribución del poder y de la organización territorial del Estado que la Constitución configura, y se concreta para cada caso el modo y el alcance del ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a las nacionalidades y regiones que integran la Nación española (art. 2).

Por lo que atañe a su contenido, recuerda la STC 31/2010, de 28 de junio, que «*la Constitución no determina expresamente cuál es el contenido posible de un Estatuto de Autonomía. De manera explícita sólo prescribe cuál ha de ser su contenido necesario, integrado por el mínimum referido en su art. 147.2 (denominación, territorio, organización institucional y competencias) y por las disposiciones que traen causa de mandatos constitucionales específicos, como, entre otros, el que exige la disciplina estatutaria del régimen de designación de los Senadores autonómicos (art. 69.5 CE). Este contenido necesario puede ser también contenido suficiente, pero la propia Constitución permite expresamente que los Estatutos cuenten además con un contenido adicional. Así, el art. 3.2 CE prevé que sean los Estatutos de Autonomía las normas que dispongan la eventual cooficialidad de otras lenguas españolas; y el art. 4.2 CE los habilita para reconocer banderas y enseñas propias*». Y la STC 247/2007, de 12 de diciembre dispone que «*el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el*

que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma».

En otro orden de cosas, cabe indicar que la peculiar naturaleza de los Estatutos de Autonomía determina no solo las especialidades para su aprobación, sino también para proceder a la reforma de los mismos, en la que se hace preciso un doble acuerdo del legislador estatal y del autonómico, de manera que la regulación sustantiva que en ellas se contiene queda fuera de la voluntad individual de una de las partes.

La Constitución Española dedica a la reforma de los Estatutos de Autonomía los siguientes artículos:

El artículo 81.1 dispone que «*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía* (...)» y añade en su apartado 2 que «*la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*».

El artículo 147.3 dispone que «*la reforma de los estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismo y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes por Ley Orgánica*». En este punto cabe resaltar que todos los Estatutos de Autonomía contienen un título relativo a su reforma, como a continuación tendremos ocasión de analizar con referencia al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

El artículo 152.2 dispone que «*una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con Referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes*». Este precepto resulta aplicable a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 y de la disposición transitoria segunda de la Constitución Española, estableciendo un régimen especial tanto en cuanto a su tramitación en las Cortes Generales, como en la exigencia de un referéndum para la aprobación del Estatuto. Este precepto aplicable en principio a Cataluña, País Vasco, Andalucía y Galicia, sin embargo ha inspirado a otras Comunidades Autónomas que han articulado un procedimiento similar, que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional, como después tendremos ocasión de examinar al analizar la parte dispositiva del anteproyecto.

Debe hacerse notar que la relevancia del principio dispositivo en la construcción del Estado autonómico diseñado por la Constitución Española, aparece reflejada en los artículos 147.3 y 152.2 por cuanto que ambos preceptos hacen

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm.26, julio-diciembre (2016), págs. 283-313

una remisión a los procedimientos que los propios Estatutos de Autonomía establezcan.

La exigencia de mayorías reforzadas y la necesaria confluencia de dos voluntades establecidas constitucionalmente determinan que la regulación propia contenida en un Estatuto de Autonomía sea indisponible tanto para la legislación ordinaria, como para la legislación orgánica si no sigue en este último caso el procedimiento de reforma previsto estatutariamente. Cabe mencionar como ejemplo de lo que acabamos de señalar la STC 36/1981, de 12 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, al estimar que la regulación que establecía en relación con la inmunidad de los parlamentarios, suponía una modificación del Estatuto de Autonomía con la omisión de trámites esenciales ineludibles, como es, la aprobación por las Cortes Generales mediante ley orgánica, vulnerando la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía.

Una vez expuestas estas consideraciones generales sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en el ordenamiento constitucional, con particular referencia a su procedimiento de reforma, conviene dedicar unas líneas a hacer una referencia al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Debemos comenzar recordando que el proceso autonómico se inicia en Madrid el 26 de junio de 1981, fecha en la que las Cortes Generales recibieron el Acuerdo de la Excelentísima Diputación Provincial de Madrid solicitando que, por motivos de interés nacional, se autorizase por ley orgánica la constitución de la Comunidad Autónoma uniprovincial de Madrid.

Como es sabido el artículo 143 de la Constitución Española dice que «*en el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución (...) las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y a constituirse en Comunidades Autónomas (...)*» y el artículo 144 completa la previsión señalando que «*las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán por motivos de interés nacional: a) Autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143*».

La provincia de Madrid carecía de la entidad regional histórica exigida para acceder a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución Española, de ahí que tuviera que apelarse a los expresados «*motivos de interés nacional*». Por Ley Orgánica 6/1982, de 7 de julio «*se autoriza a la provincia de Madrid, por razones de interés nacional, para constituirse en Comunidad Autónoma*».

Tras un primer intento de aprobación de un Estatuto de Autonomía para la Comunidad, que fracasó por la disolución de las Cortes para las elecciones generales del año 1982, por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, se aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Como hemos expuesto en la consideración anterior, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, como el resto de Estatutos autonómicos

dedica un título a su reforma. En concreto su título VI dedica un único artículo, el artículo 64, a la reforma estatutaria en los siguientes términos:

«*1. La reforma del Estatuto se ajustará al siguiente procedimiento:*

La iniciativa de la reforma corresponderá al Gobierno o a la Asamblea de Madrid, a propuesta de una tercera parte de sus miembros, o de dos tercios de los municipios de la Comunidad cuya población represente la mayoría absoluta de la Comunidad de Madrid.

La propuesta de reforma requerirá, en todo caso la aprobación de la Asamblea por mayoría de dos tercios y la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica.

2. Si la propuesta de reforma no es aprobada por la Asamblea o por las Cortes Generales, no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación de la Asamblea hasta que haya transcurrido un año».

Del precepto transcrito se infiere en primer lugar que los sujetos habilitados para iniciar el procedimiento de reforma estatutaria son el Gobierno de la Comunidad de Madrid y la Asamblea, correspondiendo la propuesta de la reforma, en primer lugar, al Gobierno autonómico mediante la articulación de un proyecto de ley ante la Asamblea, que debe tramitarse con arreglo a las formalidades previstas en los artículos 140 y siguientes del Reglamento de la Asamblea de Madrid, aprobado el 30 de enero de 1997 (en adelante, RAM). El segundo sujeto habilitado es la Asamblea, a propuesta de una tercera parte de sus miembros, por mandato estatutario, y se tramitará como proposición de ley (artículos 150 y siguientes del RAM). Según el precepto estatutario que venimos comentando y el artículo 156 del RAM la propuesta también puede provenir de dos tercios de los municipios de la Comunidad cuya población represente la mayoría absoluta de la Comunidad de Madrid. No cabe, sin embargo, que la propuesta provenga de la iniciativa popular a consecuencia de la previsión del artículo 87.3 de la Constitución Española, que prohíbe dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica, así como tampoco de las Cortes Generales.

En este caso la iniciativa de reforma ha partido del Gobierno de la Comunidad de Madrid, y exige su tramitación ante la Asamblea de Madrid, en la que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 155 del RAM «*los proyectos y proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid se tramitarán por el procedimiento legislativo común, con las especialidades establecidas en la presente Sección*». De acuerdo con el artículo 156.2 del RAM los proyectos y proposiciones de reforma estatutaria «*requerirán en todo caso la aprobación de la Asamblea con los requisitos establecidos al efecto en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*», requisitos, que como hemos visto, vienen referidos a la iniciativa y la aprobación por una mayoría cualificada, «*mayoría de dos tercios*» (artículo 64 del Estatuto). Finalmente, por mandato del 147.3 de la Constitución Española, reflejado en el artículo 64 del Estatuto madrileño, el proyecto deberá ser aprobado por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

No es ésta la primera reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Se ha de observar que la rigidez de los Estatutos de Autonomía a la que hemos hecho alusión anteriormente, obviamente predicable del Estatuto madrileño, particularmente reflejada en el especial procedimiento de reforma, no ha impedido la adaptación de nuestra norma institucional básica a los cambios políticos y sociales.

La primera se realizó por Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo, con un objeto muy limitado que fue modificar el apartado 5 del artículo 11 (en la actualidad artículo 10.7 del Estatuto) para sustituir la redacción original –que establecía que las elecciones tendrían lugar entre los treinta y los sesenta días posteriores a la expiración del mandato–, por la siguiente: «*las elecciones tendrán lugar el cuarto domingo de mayo cada cuatro años, en los términos previstos en la Ley que regule el Régimen Electoral General*», con la finalidad de hacer coincidir las elecciones autonómicas con los comicios municipales.

La segunda reforma, que afectó a los artículos 26, 27, 28, 30 y 31, (este último, derogado), se llevó a cabo por Ley Orgánica 10/1994, de 24 marzo, para incorporar al Estatuto de Autonomía las competencias que le habían sido transferidas, con anterioridad, por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre.

La reforma de mayor envergadura fue realizada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, y contó con el consenso de todos los grupos parlamentarios, según subraya su exposición de motivos. La citada reforma supuso importantes modificaciones del marco institucional y ampliaciones del ámbito competencial.

Además hay que tener en cuenta otras tres reformas llevadas a cabo por ley ordinaria, que han afectado a la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía: la primera, por Ley 33/1997, de 4 de agosto; la siguiente, por Ley 30/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión y la última, por Ley 29/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

SEGUNDA.- Cumplimiento de los trámites del procedimiento.

En el ordenamiento de la Comunidad de Madrid no se encuentra regulado de una manera completa y cerrada el procedimiento aplicable para la elaboración de proyectos de ley. Por ello ha de acudirse, al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española y el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid a lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, Ley del Gobierno*),* que contempla en su artículo 22 la iniciativa legislativa del ejecutivo.

1.- Según lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley «*se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes*

sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar».

En el proyecto objeto de dictamen, la elaboración de la norma ha partido de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, que es quien tiene atribuida la competencia para impulsar este proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 192/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno en relación con el artículo 42 de la Ley 1/1983, de 13 diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, relativo a la competencia del Consejero de Presidencia para impulsar y estudiar el programa legislativo del Consejo de Gobierno.

2.- Por lo que se refiere a la memoria exigida por el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno, se ha elaborado la denominada memoria del análisis de impacto normativo desarrollada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (en adelante, Real Decreto 1083/2009). En este caso se ha incorporado al procedimiento una memoria firmada el 29 de febrero de 2016 por el secretario general técnico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno.

En este punto debe observarse que la memoria del análisis de impacto normativo se configura en su normativa reguladora como un proceso continuo, que debe redactarse desde el inicio hasta la finalización de la elaboración del proyecto normativo, de manera que su contenido se vaya actualizando con las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación (artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009) hasta culminar con una versión definitiva. Lo que acabamos de decir se compadece mal con el hecho de que sólo figure en el expediente la memoria anteriormente mencionada. No obstante, a pesar de haberse remitido a este Consejo una única memoria, en el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid se alude a la existencia, por lo menos, de otra memoria fechada el 8 de febrero de 2016. En este punto, y sin perjuicio de recordar la obligatoriedad de que los expedientes se remitan completos a esta Comisión Jurídica Asesora (artículo 19 del ROFCJA), puede considerarse que se ha ido cumpliendo con la actualización de la memoria, aunque, como después señalaremos, la versión examinada por esta Comisión no responde al modelo de versión definitiva exigida por el citado artículo 2.3 del Real Decreto 1083/2009.

La memoria que figura en el expediente remitido contempla de una manera sucinta la motivación, objetivos y alternativas del proyecto para determinar la oportunidad de la propuesta. Se echa en falta sin embargo una mayor motivación de las medidas que se proponen, lo que se hace especialmente importante en un proyecto de tanta relevancia como es sin duda la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. En este punto procede traer a colación la jurisprudencia en relación a la importancia del citado trámite. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno

de la Sala Tercera) de 27 de noviembre de 2006 dice que la memoria justificativa puede ser sucinta, pero debe cumplir la finalidad a que responde, y añade «*la memoria justificativa, pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos*». Como subraya la guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis del impacto normativo, aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009, en cumplimiento de la disposición adicional primera del Real Decreto 1083/2009, el apartado de la memoria relativo a la oportunidad de la propuesta «*es de especial importancia pues en él se justifica una propuesta normativa, mediante los elementos que demuestran su pertinencia y conveniencia*».

También contempla la memoria el contenido y análisis jurídico del proyecto, si bien no con la exhaustividad que sería deseable en un proyecto de este calado. En este sentido caber recordar que según la citada guía metodológica, el contenido debe reflejar además de la estructura de la propuesta, un resumen de cada una de las partes y de las medidas contenidas en la propuesta, así como los elementos novedosos que incorpora. De igual modo el análisis jurídico implica el examen de la inserción de la propuesta normativa en el ordenamiento jurídico, lo que habría obligado a analizar en este caso su relación con la Constitución Española y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, si bien en este apartado la memoria se limita a transcribir el artículo 64 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Además, debe destacarse que el párrafo segundo del apartado 3 del citado artículo 2 del Real Decreto establece que la versión definitiva de la memoria incluirá la referencia a las consultas realizadas en el trámite de audiencia y otros informes o dictámenes exigidos por el ordenamiento jurídico evacuados durante la tramitación, lo que no contempla la memoria que analizamos, pues si bien se menciona la preceptividad del informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin embargo no se hace referencia al informe emitido, que consta en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora.

De igual manera tampoco queda reflejado «*el modo en que las observaciones contenidas en estos [*los informes emitidos*], (...), hayan sido tenidas en consideración por el órgano proponente de la norma*». En el procedimiento examinado se observa que han formulado observaciones al proyecto distintas consejerías de la Comunidad de Madrid y que, como hemos indicado, ha emitido informe la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de manera que aparece como imprescindible que la memoria recoja el modo en que las observaciones han sido tenidas en consideración por el órgano proponente, y las razones que han avalado su admisión o rechazo en el texto definitivo, conforme a lo establecido en el referido artículo 2.3 párrafo segundo del Real Decreto 1083/2009. Esta inclusión «*refuerza la propuesta normativa y ofrece una valiosa información sobre la previsión del grado de aceptación que puede tener el proyecto*», según la citada guía metodológica.

Por lo que se refiere al análisis de los impactos, la memoria menciona el impacto económico y presupuestario, para indicar que «*no se prevé un incremento del gasto público*» y añade que, al contrario, se va a producir una reducción del gasto público, en la medida que el número de diputados va a disminuir, pues frente a los 129 de los que se compone la Asamblea en la actualidad, se va a pasar a un máximo de 100 y un mínimo de 80, «*con el consiguiente ahorro*». En este apartado, aun reconociendo la autonomía presupuestaria de la que goza la Asamblea de Madrid, debería haberse hecho un esfuerzo de concreción del ahorro previsto, en la medida que se invoca como justificativo de la reforma, lo que sin duda reforzaría y justificaría la adopción de esa concreta medida en el proyecto.

Por otro lado, tal y como señala el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, en el análisis económico debe prestarse una especial atención al análisis de los efectos sobre la competencia. En este punto, la memoria analizada solo menciona en la ficha del resumen ejecutivo que la norma no tiene efectos significativos sobre la competencia, pero en el cuerpo de la memoria no se hace ningún esfuerzo de explicación en relación con ese concreto impacto.

Tampoco contiene la memoria alusión al impacto sobre la unidad de mercado, a pesar de que dicha mención resulta una exigencia de lo dispuesto en el reiterado artículo 2 del Real Decreto 1083/2009 en relación con el artículo 14 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Sí contempla la memoria examinada una breve referencia al impacto de la norma sobre la infancia, la adolescencia y la familia, tal y como se exige por el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Disposición adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, introducidos ambos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

De acuerdo con lo estipulado en el apartado segundo del artículo 22 de la Ley 50/1997, los anteproyectos de ley deberán ir acompañados de «*un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*». La importancia de este trámite ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo, así en su Sentencia de 8 de enero de 2014 (recurso 2651/2012) o en la Sentencia de 6 de octubre de 2015 (recurso 2676/2012), en las que se declaró la nulidad radical del proyecto normativo impugnado por no contar con el referido informe de evaluación de impacto de género. Por lo demás, en relación con este informe, entendemos que el órgano competente para su emisión es la Dirección General de la Mujer, conforme a lo establecido en el Decreto 197/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, en la que se integra la referida Dirección General. No obstante, en una interpretación antiformalista, el defecto puede entenderse salvado por cuanto que el proyecto ha sido remitido a la Consejería de Políticas Sociales y Familia, sin que se hayan formulado

observaciones ni objeciones al mismo por razón del impacto de género que la norma pudiera presentar.

Como resumen de todo lo expuesto hasta ahora en relación con la memoria del análisis de impacto normativo, esta Comisión Jurídica Asesora no puede dejar de observar la importancia de la citada memoria en el seno del procedimiento, que trasciende de su consideración como un mero trámite con independencia de su contenido, por lo que consideramos necesario que antes de la remisión del anteproyecto de ley al Consejo de Gobierno se redacte una versión definitiva de la memoria, en la que se subsanen las deficiencias de contenido que hemos expuesto en las líneas anteriores.

3.- En aplicación del artículo 22.2 de la Ley del Gobierno, conforme al cual «*en todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica*», se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, fechado el 29 de febrero de 2016. En el mencionado informe se analiza el objeto de la norma propuesta; la competencia, por referencia a la iniciativa legislativa del Gobierno prevista en el artículo 64 del Estatuto de Autonomía; una sucinta referencia a la estructura de la norma y el procedimiento seguido en su tramitación.

4.- En relación con los informes preceptivos, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 4.1.a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid prevé que dichos Servicios emitan con carácter preceptivo dictamen, entre otros asuntos, acerca de los anteproyectos de ley. En tal sentido se ha evacuado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid el informe de 29 de febrero de 2016, por el que se informa favorablemente el anteproyecto de reforma estatutaria.

5.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones, aprobado por Decreto 210/2003, de 16 de octubre, se han formulado observaciones de redacción y de técnica normativa por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia y por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, quien además puso de manifiesto el silencio de la memoria del análisis de impacto normativo en relación con la incidencia del proyecto sobre la unidad de mercado. El resto de Consejerías han remitido un escrito señalando que no efectuaban observaciones.

6.- Por último, y para concluir el procedimiento, en el que los informes que acompañan a cualquier anteproyecto cobran especial relevancia, por cuanto sus aportaciones pueden lograr que el texto definitivo sea el más adecuado a los fines perseguidos, esta Comisión Jurídica Asesora considera que hubiera sido deseable la remisión del anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía al Consejo General del Poder Judicial.

El artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que se someterán a informe del Consejo General del Poder Judicial

los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre las siguientes materias:

«*1.ª Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

2.ª Determinación y modificación de las demarcaciones judiciales, así como de su capitalidad.

3.ª Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces y Magistrados, Secretarios Judiciales y personal al servicio de la Administración de Justicia.

4.ª Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados.

5.ª Estatuto orgánico de los Secretarios Judiciales y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

6.ª Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales.

7.ª Normas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales.

8.ª Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario.

9.ª Cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna».

Si bien es cierto que, en materia de aforamientos de autoridades de las Comunidades Autónomas, la Ley Orgánica del Poder Judicial se remite a lo que establezcan los Estatutos de Autonomía, la supresión de tales aforamientos supone alterar las reglas de competencia objetiva tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en definitiva una norma procesal.

Ha de tenerse en cuenta que el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 27 de junio de 2014 sobre el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial ya se pronunció a favor de limitar los aforamientos por los problemas que tal institución suscita en los procedimientos penales, problemas que van desde las dificultades para instruir en órganos como el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores que no han sido concebidos y organizados con tal finalidad, a la exclusión de la competencia del Tribunal del Jurado en tales procedimientos, la alteración del fuero de los imputados no procesados en los casos de conexión y, en suma, la afectación al principio de igualdad procesal que suponen los citados aforamientos.

Todas estas cuestiones serán analizadas en este dictamen al tratar la nueva redacción de los artículos del Estatuto de Autonomía destacando la corrección jurídico-constitucional de la supresión de tales aforamientos, criterio conforme con el que mantiene el Consejo General del Poder Judicial en cuanto a «*(...) plantear la necesidad de su limitación* ad personam *y a enfatizar el carácter funcional de esta prerrogativa, de manera que deberá vincularse, en todo caso, a los hechos cometidos en el ejercicio de la profesión o el cargo y al actual desempeño o ejercicio del mismo, cesando cuando cese aquél*».

TERCERA.- Cuestiones materiales. Análisis del articulado.

El texto del proyecto viene encabezado por una exposición de motivos que responde al contenido que es propio de esta parte de la norma, esto es, en palabras del Tribunal Constitucional,«*la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene*» (STC 31/2010, de 28 de junio), lo que le dota de un extraordinario valor para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada. En este sentido, la parte expositiva explicita las razones que fundamentan la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, junto con los objetivos a los que se orienta su iniciativa, plasmados en los dos primeros párrafos, al mismo tiempo que explica y justifica en los párrafos siguientes el contenido de la parte dispositiva que se establece a continuación.

Se observa que a la hora de motivar la reforma, el párrafo primero de la parte expositiva menciona junto a la necesidad de acercar a los representantes políticos a los ciudadanos, la eliminación de ciertas prerrogativas de los cargos públicos, con clara alusión al aforamiento de los parlamentarios y miembros del gobierno, de las que se dice que, aunque son adecuadas a la legalidad «*a día de hoy han perdido su fundamento*». Sin embargo no podemos estar de acuerdo con esta última afirmación. No nos es ajeno el debate existente en la sociedad sobre la necesidad de suprimir los aforamientos, que son vistos en la ciudadanía como un privilegio de los políticos, quizás por el uso abusivo que se ha podido hacer de esta prerrogativa, así como por el número excesivo de aforados por comparación con lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno. Incluso, como ya expusimos anteriormente, el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 27 de junio de 2014, manifestó los problemas que desde el punto de vista procesal plantea esta prerrogativa de los cargos públicos. También el Tribunal Supremo en su Sentencia 466/2014, de 3 de junio, Sala de lo Penal, incide en el aspecto cuantitativo al plantear la «*necesaria reducción de los aforamientos*». Sin embargo, ello no implica que el aforamiento haya perdido un ápice de su fundamento constitucional. Ya tendremos ocasión de pronunciarnos más detenidamente sobre esta concreta medida al analizar la parte dispositiva del proyecto, pero conviene adelantar ahora que no resulta correcto hablar de la pérdida de fundamento en la parte expositiva.

En otro orden de cosas, en la exposición de motivos se echa en falta la referencia a los antecedentes. En este sentido no estaría de más que se iniciara la parte expositiva con una somera referencia al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, y a sus sucesivas reformas, así como que, al explicar cada una de las modificaciones que se introducen, se realizara una sucinta referencia a la redacción actual de los artículos que son objeto de modificación en este proyecto. De igual modo, resulta adecuada una referencia al inicio de la exposición de motivos a la Constitución Española, pues no podemos olvidar que, conforme ya hemos expuesto, «*los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a*

la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma» (STC 4/1981, de 2 de febrero), y que es el único parámetro para enjuiciar la validez de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía (STC 99/1986, de 11 de julio).

Por otro lado tampoco resultaría superflua la cita del artículo 64 del Estatuto de Autonomía referido precisamente a la reforma estatutaria, en cuanto precepto que avala la iniciativa del Gobierno autonómico para la reforma.

Por lo que se refiere a la parte dispositiva ya hemos dicho que contiene un artículo único dividido en seis apartados, que a su vez contemplan la nueva redacción de cada uno de los artículos del Estatuto de Autonomía que se modifica.

A diferencia de lo que ha sucedido en otras Comunidades Autónomas, como puede ser el caso de Andalucía o Extremadura, en las que se ha llevado a cabo en los últimos tiempos una reforma generalizada del Estatuto de Autonomía (por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo y Ley Orgánica 11/2011, de 28 de enero, respectivamente), lo que justifica que pueda hablarse en esos casos no sólo de reforma, sino de en puridad de nuevos Estatutos de Autonomía, en nuestro caso se trata de una verdadera disposición modificativa, ya que la reforma que se plantea es muy limitada y se circunscribe a tres ámbitos:

- Modificación del sistema electoral mediante la reducción del número de escaños de la Asamblea a un máximo de 100 Diputados y abandono de la provincia como circunscripción electoral, remitiendo la determinación de la circunscripción o circunscripciones a la ley electoral autonómica.

- Limitación de la duración del mandato del presidente de la Comunidad, vicepresidentes y consejeros a dos legislaturas.

- Eliminación del aforamiento especial para los diputados autonómicos y para los miembros del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Partiendo del parámetro de enjuiciamiento de la reforma propuesta, que para esta Comisión Jurídica Asesora ha de ser, como hemos dicho, la Constitución Española, pasamos a analizar las tres medidas que acabamos de señalar, debiendo subrayarse que el presente dictamen no valorará aspectos de oportunidad y conveniencia, ya que no se ha solicitado expresamente por la autoridad consultante, conforme establece el artículo 22.6 del ROFCJA.

La primera medida propuesta afecta al sistema electoral al contemplarse la modificación del artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía, para reducir el número de diputados de la Asamblea de Madrid a un mínimo de ochenta y un máximo de cien, dejando que sea una ley la que fije el número de diputados dentro de los límites señalados y, por otra parte, se modifica el apartado 5 del citado artículo en el sentido de sustituir a la provincia de Madrid como circunscripción electoral, por la circunscripción o circunscripciones que se determinen por ley de la Asamblea,

que también fijará el ámbito territorial de la circunscripción o circunscripciones que se establezcan y la distribución de diputados entre las mismas.

Con carácter general cabe indicar que, como recuerda la STC 81/2012, de 18 de abril, son «*normas electorales aquellas que fijan las reglas y establecen los procedimientos mediante los cuales cabe dilucidar la provisión de los órganos y cargos representativos*» así como también , según afirma en la STC 72/1984, de 14 de julio, «*aquellas relativas a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial*» (F. 4)

Como es sabido, el derecho de sufragio activo y pasivo aparece reconocido como un derecho fundamental en el artículo 23 de la Constitución Española lo que exigiría su desarrollo por Ley Orgánica pero, además, el propio artículo 81 CE contempla el «*régimen electoral general*» como uno de los ámbitos sujetos a reserva de Ley Orgánica. Ya dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 38/1983, de 16 de mayo que el régimen electoral general «*está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las Entidades territoriales en que se organiza a tenor del artículo 137 de la CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos*». El mandato constitucional se desarrolló por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) si bien como destacó el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 1983, «*el alcance y contenido del "régimen electoral general", según expresión del artículo 81.1 de la CE, viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el artículo 28 de la LOTC, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía*» y añade «*la consideración de este bloque permite afirmar que frente a la expresión "régimen electoral general" se contemplan diversos regímenes electorales especiales y particulares: así, la elección de Senadores por las Comunidades Autónomas queda referida a sus Estatutos (artículo 69.5 de la Constitución); la elección del legislativo de cada Comunidad Autónoma queda deferida a los Estatutos para las de mayor nivel de autonomía –artículo 152 de la Constitución– y ha sido asumida por cada Comunidad en los respectivos Estatutos, sin excepción y con independencia de tal nivel…*».

La disposición adicional 1ª de la LOREG contempla el ámbito de aplicación de la citada Ley en las elecciones autonómicas, de tal forma que opera como un parámetro de constitucionalidad respecto de la normativa electoral que aprueben las Comunidades Autónomas. En este sentido la citada disposición recuerda que las Comunidades Autónomas ejercen sus competencias en la materia dentro del respeto a la Constitución y a la LOREG. En el párrafo segundo detalla los artículos que son de aplicación directa a las elecciones a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, por ser expresión de la obligación que impone al Estado el artículo 149.1.1ª de la Constitución Española, cual es la de

regular «*las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales*». De esta manera son de aplicación directa los artículos que cita del título I relativos al derecho de sufragio activo y pasivo; Administración electoral; censo electoral; requisitos generales de la convocatoria de elecciones; determinadas condiciones sobre la presentación de candidaturas y candidatos, sobre la campaña electoral, sobre el ejercicio del derecho de voto, sobre el escrutinio general y sobre la financiación electoral así como en materia de recursos y de delitos electorales. El resto de los artículos del citado título «tienen *carácter supletorio de la Legislación que en su caso aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos*».

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía remite a una ley de la Asamblea la regulación de las elecciones. De acuerdo con el mandato estatutario se aprobó la Ley 11/1986, de 16 de diciembre (en adelante, Ley 11/1986), bajo el criterio, según explica la exposición de motivos, «*de mantener una gran economía normativa, es decir, el criterio de sólo regular aquellos aspectos estrictamente necesarios, derivados del carácter y ámbito de las Elecciones a la Asamblea de Madrid, dejando que en todo lo demás se apliquen los preceptos de la Ley Orgánica 5/1985, que la mencionada Disposición Adicional declara supletorios*».

Por lo que aquí nos interesa, la referida Ley 11/1986, dedica su artículo 18 al sistema electoral, lo que en palabras de NOHLEN, en sentido estricto se identifica con «*la regulación de las candidaturas y la distribución de las circunscripciones*», a saber, aquello que se refiere al número de diputados (regulado en el Estatuto de Autonomía como ahora veremos), la circunscripción electoral (artículo 18.1), la fórmula electoral (artículo 18.3), respecto a la que el legislador autonómico hace suya la fórmula establecida en la LOREG para la atribución de escaños de diputados del Congreso en las circunscripciones provinciales, esto es, el método d´Hondt, y la barrera electoral, de manera que «*para la distribución de escaños sólo serán tenidas en cuenta las listas que hubieran hubiesen obtenido, al menos, el 5 por 100 de los sufragios válidamente emitidos*» (artículo 18.2).

Como hemos señalado *ut supra* la reforma proyectada modifica el artículo 10 del Estatuto en dos de los aspectos que acabamos de mencionar, el número de diputados y la circunscripción electoral.

En cuanto a lo primero, se modifica el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de tal forma que se pasa de un número abierto de diputados que se fija en función de la población, esto es, un diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000 a una horquilla fijada por un mínimo de 80 a un máximo de 100 diputados, remitiéndose a una ley de la Asamblea para la determinación del número de diputados a elegir.

Se ha de observar en primer lugar que en la exposición de motivos del anteproyecto de ley no se explicitan las

razones que justifican esta concreta medida, salvo las generales de regeneración democrática, lo que por otro lado tampoco resulta imprescindible para su constitucionalidad, según expresa la STC 163/2011, de 2 de noviembre, si bien de lo escuetamente explicado en la memoria del análisis de impacto normativo, podría pensarse que responde a un criterio de control del gasto público y austeridad, pues resulta evidente que contando actualmente la Asamblea de Madrid con 129 diputados, la reducción del gasto es significativa. Como se puso de manifiesto en el Dictamen de la Comisión de Estudio sobre la posible reforma electoral de la Comunidad de Madrid aprobado por el Pleno de la Asamblea en su sesión de 15 de julio de 2014, el número de representante en la Asamblea de Madrid es muy elevado respecto de otros parlamentos y así una de las conclusiones de la citada Comisión fue la limitación del número máximo de Diputados de la Cámara (B.O.A.M nº 193, 23 de julio de 2014, pág. 23328). No está de más recordar que el mencionado criterio justificativo resulta avalado por la jurisprudencia constitucional. Así la citada STC 163/2011, aboga, como exigencia en el desarrollo del procedimiento electoral, por una utilización racional de los recursos públicos «*por su naturaleza siempre limitados ante las crecientes necesidades a atender por el poder público*».

A la hora de examinar la reforma que se plantea ha de tenerse presente como parámetro de constitucionalidad el artículo 152 CE que establece que en las Comunidades Autónomas *«la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio*».

Si bien este precepto se refería a aquellas Comunidades Autónomas que contasen con un Estatuto aprobado por la vía del artículo 151 de la Constitución Española fue extendido a todas las Comunidades Autónomas con independencia de su vía de acceso a la autonomía por la STC 225/1998, de 23 de noviembre (F.J. 6º). Entre dichas autonomías se incluye la Comunidad de Madrid cuya vía de acceso, como hemos expuesto anteriormente fue la del artículo 144 en relación con el artículo 143 de la Constitución Española. En nuestro Estatuto de Autonomía el mandato contenido en el artículo 152 de la Constitución Española se reitera sustancialmente en el art. 10.1 cuando señala que «*la Asamblea es elegida por cuatro años mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, atendiendo a criterios de representación proporcional*».

Como hemos dicho el canon para enjuiciar la medida que se propone es que el nuevo sistema que propugna la reforma del artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía asegure un sistema de representación proporcional que garantice, además, la representación de las diversas zonas del territorio.

A priori cabe decir que una reducción del número de diputados no supone sin más una disminución de la representatividad proporcional. Conviene recordar en este punto que el Tribunal Constitucional ha venido declarando que la exigencia de proporcionalidad a la que se refiere el artículo 152 CE «*ha de verse como un*

imperativo de "tendencia que orienta", pero no prefigura, la libertad de configuración del legislador democrático en este ámbito» (STC 225/1998, de 23 de noviembre (F.J. 7º). También ha dicho que «*no se trata, en ningún caso, de la exigencia de un sistema puro de proporcionalidad, sino que, por el contrario, la proporcionalidad "es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa 'pureza' de la proporcionalidad abstractamente considerada"*» (STC 75/1985, de 21 de junio, F.J 5º).

El Tribunal Constitucional, ha enjuiciado en sus STC 197/2014, de 4 de diciembre y 15/2015, de 5 de febrero, la conculcación del reiterado principio de proporcionalidad por la reducción del número de diputados en las Cortes de Castilla La Mancha conforme la Ley Orgánica 2/2014, de reforma del artículo 10.2 de su Estatuto de Autonomía y la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha.

En la primera de las sentencias citadas el Tribunal Constitucional parte de la consideración de principio de que «*la reducción del número de representantes a elegir en una circunscripción tiende a disminuir* –caeteris paribus– *el grado de proporcionalidad en la adjudicación de escaños que en ella se realice*». En ese sentido recoge la jurisprudencia del propio tribunal, como la expresada en la STC 49/1981, de 18 de diciembre, en la que dijo que «*la proporcionalidad en la representación, difícil de alcanzar de suyo, lo es tanto más cuanto menor sea el abanico de posibilidades dado por el número de puestos a cubrir en relación con el de las fuerzas concurrentes*».

Sin embargo para el Tribunal Constitucional la mera disminución del número de diputados no supone sin más una vulneración de la proporcionalidad exigida por el artículo 152 CE, pues subraya que, «*la exigencia constitucional sobre el legislador en orden a configurar, para la elección de las asambleas legislativas autonómicas, un sistema de representación proporcional viene a cifrarse, ante todo, en mandatos de alcance negativo. Por lo pronto, y como en su día observamos, en la interdicción de la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección [STC 40/1981 (FJ 2], lo que conlleva, claro es, la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no se impida de iure toda posible proporcionalidad, en el grado y extensión que sea, para la conversión de votos en escaños. Tampoco podrá el legislador –aunque ello, como quedó dicho, no sea aquí de apreciar– desfigurar lo que en resoluciones anteriores hemos llamado "esencia" de la proporcionalidad (SSTC 40/1981, FJ 2; 36/1990 , FJ 2 y 4/1992, FJ 2) mediante límites directos de la misma, como las barreras electorales o cláusulas de exclusión, que, vista su entidad, lleguen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidaturas*».

Conforme a lo expresado cabe concluir que la reducción del número de diputados autonómicos no implica en sí misma, una conculcación de la proporcionalidad, por lo que cobra así un especial relieve la segunda modificación del régimen electoral que propugna la reforma estatutaria. Como hemos dicho con la reforma del artículo 10.5 se abandona como circunscripción electoral la provincia, para encomendar a una ley de la Asamblea tanto la determinación de si procede una única circunscripción o varias como la distribución de escaños entre las mismas.

Como punto de partida cabe recordar que en el ámbito autonómico la mayoría de los Estatutos de Autonomía concretan la circunscripción electoral por referencia a la provincia, en tanto que tres la difieren a la ley electoral, es el caso de Asturias, Región de Murcia y Navarra. Interesa destacar que tanto Asturias como Navarra exigen que la aprobación de la ley electoral se haga por mayoría absoluta. En el caso de la Región de Murcia en la que su ley electoral configuraba cinco circunscripciones se ha modificado recientemente por la Ley 14/2015, de 28 de julio, de reforma de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia, que diseña una circunscripción electoral única, integrada por todos los municipios de la Región (artículo 13).

Como expusimos en líneas anteriores al referirnos al régimen electoral diseñado por la Constitución y desarrollado por la LOREG, la delimitación de la circunscripción electoral no es una materia reservada a la legislación estatal de manera que nada impide que las Comunidades Autónomas puedan configurar la circunscripción electoral, en la que al tener únicamente como límite el principio de representación proporcional, consagrado en el artículo 152 de la Constitución Española, hace que sea difícil que su definición conlleve soluciones inconstitucionales.

En este punto conviene tener en cuenta que en relación con la proporcionalidad juega un papel fundamental el tamaño de las circunscripciones que se establezcan. En este sentido el Consejo de Estado, en su informe de 24 de febrero de 2009 sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, destaca a este respecto que si la distribución de escaños se hace con base en una formula proporcional, «*la proporcionalidad será mayor cuanto más grande sea la circunscripción (la mayor proporcionalidad se alcanza en el caso de circunscripción nacional única y será más alta cuanto más elevado sea el número de escaños del cuerpo legislativo de que se trate)*» y añade «*en cuanto a la relación entre votante y elegido, el menor tamaño de la circunscripción fomenta una mayor proximidad entre ambos; pero hay que tener en cuenta que, si el número de diputados a elegir es reducido, se limita la potenciación de esa mayor cercanía. También se ha dicho que la división en circunscripciones trae como consecuencia casi necesaria el parcelamiento de los temas de discusión durante la campaña y fomenta, además, la aparición de partidos locales que, en caso de tratarse de circunscripciones más amplias, no lograrían representación parlamentaria*».

Desde el punto de vista constitucional, nada impide que se creen circunscripciones basadas en la

agrupación de municipios expresamente previstas en los artículos 141.3 y 152.3 de la CE, puesto que de conformidad con el primero «*se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia*»; y de acuerdo con el segundo, «*mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán crear circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica*».

De hecho ya los Acuerdos Autonómicos de 31 de julio de 1981 entre el Gobierno, en aquel entonces apoyado por UCD, y el PSOE, establecieron que en las Comunidades Autónomas uniprovinciales la circunscripción electoral sería la provincia salvo que sus fuerzas políticas con representación en las Cortes acordasen otra cosa por unanimidad.

Como recuerda el citado Dictamen del Consejo de Estado de 24 de febrero de 2009 sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, en los sistemas electorales europeos «*Las circunscripciones electorales coinciden normalmente con las divisiones territoriales de naturaleza política o administrativa de los diferentes países, cuyos límites son generalmente respetados; no obstante, se observa que, en ocasiones, los entes territoriales de gran densidad demográfica se desmembran en diversas circunscripciones electorales*».

En el caso de Madrid interesa resaltar ciertamente el carácter de área metropolitana que reconoció a efectos urbanísticos la Ley 121/1963, de 2 de diciembre y cuya posible creación contempla el artículo 76 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid pero sin que hasta la fecha se haya creado ninguna de esas entidades.

No está de más advertir que la creación de circunscripciones electorales *ex novo* sin ningún tipo de referente previo puede conducir al fenómeno conocido en la ciencia política como "*gerrymandering*", con un claro origen anglosajón, es decir la configuración partidista de las circunscripciones electorales definiendo estas con el propósito de agrupar los votantes en función de su preferencia política. Téngase en cuenta además que la aprobación de la ley electoral en la Comunidad de Madrid no requiere de una mayoría cualificada con lo que se estaría dejando a una mayoría parlamentaria simple la determinación de una materia tan sensible como el mapa electoral de la Comunidad.

Por otro lado cabe hacer un apunte en relación con la distribución de escaños entre las circunscripciones que se establezca. En este punto la STC 45/1992, de 2 de abril –que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de las Islas Baleares– da la pauta al admitir que la distribución de escaños entre circunscripciones electorales puede vulnerar el principio de igualdad de sufragio, cuando la diferencia de representantes, en relación con la población de cada una de ellas, sea manifiesta, en el sentido de notablemente desproporcionada, y arbitraria, por la ausencia de cualquier criterio objetivo o razonamiento que la justifique. Para el Alto Tribunal para que se pueda entender la igualdad de voto es preciso que la desproporción sea cumulativamente, manifiesta y

arbitraria, de modo que están admitidas las diferencias de representación que, aun no estando expresamente justificadas, son de una mínima entidad.

Finalmente, y para concluir con esta concreta reforma estatutaria, conviene destacar que la redacción del precepto que se propone no resulta muy afortunada al remitir a la ley la delimitación del ámbito territorial en el caso de que se opte por una única circunscripción, pues resulta obvio que en una comunidad autónoma uniprovincial, la circunscripción electoral es la provincia, como establece el artículo 68.2 de la Constitución Española para las elecciones de los diputados nacionales y también recoge el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía en su redacción actual. Por otro lado, si se opta por una única circunscripción carece de sentido el remitir a la ley la distribución de escaños.

La segunda medida que establece la reforma estatutaria prevista es la relativa a la limitación del mandato de los miembros del gobierno a dos legislaturas, lo que se articula mediante la adición de un apartado cuarto al artículo 17, en el caso del presidente de la Comunidad de Madrid, y un párrafo tercero al apartado del artículo 22, para el cargo de vicepresidente o consejero. Con esta medida se restringe estaturiamente el tiempo que una persona pueda ocupar el cargo público y en el caso del presidente de la Comunidad impide que pueda presentarse a la reelección. No obstante, como después analizaremos la redacción propuesta no resulta afortunada pues no nos permite determinar si la limitación es consecutiva, esto es, si la limitación afecta a dos mandatos consecutivos, de manera que transcurrido un tiempo se podría volver a ostentar el cargo público o por el contrario estamos ante una limitación de carácter absoluto, es decir, que transcurrido esos dos mandatos, sean o no consecutivos, no cabría la posibilidad de ocupar el cargo público. De otro lado, tampoco la redacción de los preceptos nos permite conocer con seguridad si la limitación es parcial solo para el cargo público que se menciona, de manera que nada impediría que la persona afectada pudiera ocupar otro cargo público, o si es total para cualquier cargo público.

Antes de abordar esas cuestiones, conviene precisar que en el derecho comparado la limitación de mandatos, como es el caso de los Estados Unidos, citado expresamente en la exposición de motivos, es propia de los sistemas presidencialistas, cuyo objetivo es evitar el autoritarismo en detrimento de la democracia constitucional. La especialidad aquí radica en que nos encontramos ante una limitación de mandato en un sistema parlamentario, donde la legitimidad del presidente resulta del parlamento que lo nombra y que también lo puede cesar cuando lo estime oportuno, por lo que, en principio, la limitación del mandato no encontraría su fundamento en el temor a una deriva autoritaria del ejecutivo.

La limitación de mandatos no es nueva en nuestra historia constitucional, pues como bien cita la exposición de motivos del anteproyecto tiene su precedente en la Constitución de Cádiz de 1812 en la que, con clara influencia de la Constitución francesa de 1791, ya se establecía, si bien solo con respecto a los diputados que «*no podrán volver a ser reelegidos, sino mediando otra diputación*».

La medida propuesta tampoco constituye una novedad en el ámbito autonómico. En este sentido cabe recordar que tanto Cataluña como Castilla-La Mancha contienen esta previsión de la limitación de mandatos en sus Estatutos de Autonomía. En el caso de Castilla-La Mancha, el artículo 13.2 de su Estatuto de Autonomía se remite a una Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo, para la inclusión de la limitación de los mandatos del Presidente. Así el artículo 4.2 Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha dispone que «*no podrá ser elegido Presidente de la Junta de Comunidades quien ya hubiese ostentado este cargo durante al menos ocho años, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato*».

En el caso de Extremadura, no existe tal previsión estatutaria, sino que la fijación de la limitación del mandato del presidente se recoge en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, cuyo artículo 8.3 dispone que «*no podrá ser elegido presidente de la Junta de Extremadura quien ya hubiese ostentado este cargo durante dos mandatos sucesivos, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato y sin que en ningún caso pueda ser elegido quien hubiera ostentado este cargo durante al menos ocho años*». Esta inclusión en una ley ordinaria y no en el Estatuto de Autonomía fue objeto de observación por el Consejo Consultivo de Extremadura en su Dictamen 534/2013, de 31 de octubre, donde destacó la conveniencia de que la limitación de mandatos se recogiese en el Estatuto de Autonomía puesto que afecta al derecho fundamental a ser elegido y acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad contemplado en el artículo 23 de la Constitución Española y por tanto sujeto a reserva de ley orgánica.

Para cerrar esta breve referencia a los precedentes autonómicos cabe recordar que también recoge la limitación a dos mandatos la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y existe a tal efecto un anteproyecto de ley en Castilla y León.

Como antes apuntábamos, una de las cuestiones que suscita la limitación de mandatos es la afectación del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española, que establece el derecho de los ciudadanos «*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*». Abogan por una postura favorable a entender que no existe vulneración del precepto constitucional con la medida propuesta, dos consideraciones que encuentran su apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De un lado, el concepto restringido de "cargo público" que mantiene el Alto Tribunal. En este sentido la STC 192/2012, de 29 de octubre, recuerda que «*desde la STC 23/1984, de 20 de febrero, hemos ceñido la noción constitucional de "cargo público" empleada en el art. 23.2 CE a los cargos electivos de representación genuinamente política de los entes territoriales, esto es, los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de*

acuerdo con el art. 137 CE (diputados y senadores, parlamentarios europeos y autonómicos, diputados provinciales, concejales y representantes de otros entes locales), *por considerar que el derecho que define esta vertiente del mencionado art. 23.2 CE es un reflejo del Estado democrático en el que la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). En efecto, el derecho de acceso a los cargos públicos de representación política cobra su auténtico sentido al asociarse al derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE)*». De otro lado cabe destacar, lo dicho por la STC 78/1987, de 26 de mayo, cuando señala que «*nadie, como se comprende, ostenta frente a sus conciudadanos un derecho fundamental para ser por ellos propuesto y presentado, a través de tales organizaciones o agrupaciones, como candidato en unas elecciones*».

En cualquier caso cabe entender que la afectación del derecho está muy ligada al tipo de limitación que se establezca. Pues resulta claro que una limitación para cualquier cargo público y de por vida, puede entenderse no como una limitación sino una negación del derecho para la persona afectada, de ahí que sea importante que analicemos la concreta redacción que se propone.

En primer lugar cabe decir que la expresión "*legislaturas*" utilizada, al igual que en otra normativa autonómica, no deja de ser un concepto que ofrece problemas de aplicación práctica. El significado de "*legislatura*" según el Diccionario de la Real Academia Española es el del tiempo durante el cual funcionan los cuerpos legislativos. Por aplicación del artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía tiene una duración de cuatro años después de su elección salvo que se produzca la disolución anticipada de la Cámara.

Puesto que la finalidad de la norma es evitar la perpetuación de los cargos para permitir así la renovación de la clase política carece de sentido el que se limiten los mandatos por legislaturas, cuando estas pueden tener una duración limitada en el tiempo: así, dos meses desde la primera votación de investidura si ningún candidato obtiene la confianza de la Asamblea (artículo 18.5 del Estatuto de Autonomía), o los supuestos de disolución anticipada por el presidente de la Comunidad de Madrid, contemplados en el artículo 21 que, además determina el que la nueva legislatura tenga una duración limitada por el término natural de la ordinaria.

Por tanto con la redacción propuesta cabría la posibilidad de que un presidente, vicepresidente o consejero, agotase las dos legislaturas sin alcanzar ocho años en el cargo, por lo que no podría repetir un nuevo mandato si se aplica el precepto legal literalmente, chocando con la finalidad del precepto.

Como apuntábamos al principio, la redacción elude pronunciarse si esa prohibición es continua en el tiempo o bien se limita a prohibir un tercer nombramiento sin perjuicio de poder ser nombrado de nuevo una vez transcurrido un espacio de tiempo. Por ello resultaría menos problemática la fórmula utilizada en la legislación castellano-manchega en cuanto no puede ser presidente quien haya

ostentado ese cargo durante al menos ocho años, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato (artículo 4.2 de la citada Ley 11/2003). Tampoco aclara la redacción de los preceptos si esa limitación afecta al desempeño de cualquier otro cargo público distinto al ostentado, lo que conviene que se aclare, manifestando en este sentido nuestra postura favorable a que se evite incurrir en la limitación total, para cualquier cargo público y absoluta, de por vida, en cuanto que la misma pudiera interpretarse como una negación del derecho.

La tercera medida que plantea la reforma estatutaria supone la eliminación del aforamiento especial para los diputados autonómicos y para los miembros del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

En este sentido, se modifica el apartado 6 del artículo 11 referido a las llamadas prerrogativas parlamentarias de los diputados autonómicos. Como dice la STC 22/97, de 11 de febrero, «*mediante las prerrogativas constitucionales, entre las que se encuentran las que integran el estatuto de los Diputados y Senadores el artículo 71, la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado. Esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente, en el caso de las prerrogativas parlamentarias, mediante el tratamiento de situaciones subjetivas no parangonables con las ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen.*

De este modo, las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido ius singulare*, pues en ellas no concurren las notas de la desigualdad y la excepcionalidad. Antes al contrario: ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado.*

Por esta razón, y en tanto que sustracciones al Derecho común conectadas a una función (STC 51/1985, fundamento jurídico 6º), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985), y no es constitucionalmente legítima una extensión legislativa (STC 186/1989) o una interpretación analógica de las mismas (STC 51/1985). Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del Ordenamiento, las prerrogativas parlamentarias son ius cogens *y, por tanto, indisponibles para sus titulares, y sólo susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución*».

La garantía institucional de los diputados y senadores nacionales aparece consagrada en la Constitución Española pero no la de los diputados autonómicos. En este punto ha señalado el Tribunal Constitucional que la Constitución Española guarda silencio sobre la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, «*a falta de tal regulación han sido los Estatutos, en "cuanto norma institucional básica" de la Comunidad Autónoma –artículo 147, número 1, de la Constitución–, el lugar adecuado para regular el "status" de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad de los mismos se refiere*» (STC 36/1981, de 12 de noviembre).

El aforamiento supone una garantía que implica la alteración de las reglas generales de competencia atribuyendo jurisdicción sobre determinados asuntos penales a otro órgano jurisdiccional de orden superior. La finalidad del aforamiento, en palabras del Tribunal Constitucional (así STC 22/1997, de 11 de febrero), es «*proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña*». Según la misma sentencia el aforamiento opera como complemento y cierre de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes.

Si bien el aforamiento encuentra pleno fundamento desde el punto de vista constitucional, como recoge la STC 22/1997, de 11 de febrero, antes citada, ello no obsta sin embargo para considerar que existen múltiples razones que avalan la adopción de la medida que se plantea con esta reforma estatutaria.

Como ya hemos expuesto en líneas anteriores no cabe duda del debate existente en la sociedad sobre la necesidad de suprimir lo que considera un privilegio, si bien por razones cuantitativas, pues la crítica se centra en el número excesivo de aforados por comparación con lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno. En este sentido cabe destacar que el fuero especial de los parlamentarios no suele reconocerse en el derecho comparado europeo, salvo contadas excepciones. También hemos destacado las consideraciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de reforma de la LOPJ en torno a que el aforamiento puede significar una afectación al principio de igualdad procesal y resalta la necesidad de su limitación *ad personam*. Por último hemos destacado lo expuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia 466/2014, de 3 de junio, Sala de lo Penal, criticando el excesivo número de aforados.

A lo dicho cabe añadir que, como menciona la exposición de motivos del anteproyecto, el aforamiento implica una restricción del régimen de recursos.

En nuestro ordenamiento el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española comprende el acceso a los recursos legalmente establecidos por lo que estamos ante un derecho de configuración legal (SSTC 64/2001, de 17 de marzo y 133/2000, de 16 de mayo, entre otras).

A su vez, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece el derecho a la revisión de las sentencias penales. El mismo derecho se recogió en el Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 si bien este último preveía la posibilidad de excepcionar esa doble instancia si el interesado había sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal.

En cualquier caso el aforamiento ha generado múltiples problemas procesales y condenas a España por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Casos Terrón c. España 2002 (diputado autonómico), Capellades c. España 2003).

Es por ello que la supresión del aforamiento no solo no conculca ningún derecho constitucionalmente garantizado sino que en cierta medida amplía las garantías de las personas a las que se suprime el aforamiento.

Una vez hechas estas consideraciones, conviene hacer algunas observaciones sobre la concreta redacción de los artículos que se modifican.

Como hemos dicho la modificación del apartado 6 del artículo 11 elimina el aforamiento de los diputados ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando se tratase de actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad y ante el Tribunal Supremo cuando se tratase de actos delictivos cometidos fuera de dicho territorio, atribuyendo la competencia, en ambos casos, al juez ordinario predeterminado por la ley. Como consecuencia, carece de sentido el mantener la última frase del precepto relativa a los delitos cometidos fuera del territorio.

El apartado seis modifica el artículo 25 del Estatuto en línea con la nueva redacción del artículo 11.6. Al igual que se establece para los diputados, el nuevo artículo 25 suprime el aforamiento y establece que la responsabilidad penal del Presidente, vicepresidente y consejeros será exigible ante el juez ordinario predeterminado por la ley. En realidad se trata de una previsión superflua por cuanto si se suprime el fuero especial la consecuencia lógica es que se aplican las reglas generales de determinación de la competencia toda vez que el artículo 73 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) remite a la competencia de las Salas de lo Civil y lo Penal para el enjuiciamiento de las causas contra diputados, presidentes y miembros del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas cuando así lo dispongan los Estatutos de Autonomía.

Conviene también hacer una reflexión sobre la referencia que se contiene en los preceptos modificados «*al juez ordinario predeterminado por la ley*».

El artículo 24 de la Constitución Española consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías del proceso penal. En lo que afecta a la modificación propuesta, dicho precepto, en su apartado 2 establece que: «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, (...)*».

Sobre el derecho a un proceso penal con garantías, el Tribunal Constitucional ha entendido de manera reiterada que se

aplica a cualquier tipo de proceso (STC 65/1994, de 28 de febrero), y la primera garantía que señala la Constitución es el derecho al juez natural, esto es, el juez ordinario predeterminado por la ley.

El Juez ordinario es el que se establece por el legislador. Así la STC 199/1987, de 16 de diciembre, recoge en el fundamento jurídico 6, que: «*(...) dicho "Juez ordinario" es el que se establezca por el legislador. Como ha venido sosteniendo este Tribunal, el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la Ley, garantizándose así la independencia e imparcialidad que el derecho a la tutela judicial exige, y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*».

El Estado tiene competencia exclusiva en «*legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*», conforme al artículo 149.1.6ª de la Constitución Española. Como indica la STC 159/1991, de 18 julio, tal competencia exclusiva en materia de legislación procesal, ha de relacionarse también con lo previsto en los artículos 117.3 y 122.1 de la Constitución en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y la determinación de su competencia. En cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Española, se dicta la LOPJ. Se completa la regulación citada con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

La actual redacción del apartado 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, como hemos señalado, atribuye la competencia al Tribunal Superior de Justicia de Madrid y a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a tenor de las previsiones contenidas en los artículos 73.3.a) y 57.1.2º de la referida LOPJ.

Por ello, la supresión de la referencia que a tales órganos judiciales se hace para el conocimiento de la responsabilidad penal de los miembros de la Asamblea, conlleva *de iure* la aplicación del régimen general contenido en la LOPJ y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que atribuyen la competencia para esos asuntos a otros órganos judiciales.

De la exposición de motivos del anteproyecto de Ley de Reforma que se examina, resulta que es deseo de la misma «*suprimir los aforamientos de los representantes políticos en el ámbito de la Comunidad de Madrid*», y por ello, que la competencia objetiva, funcional y territorial para conocer de las causas penales corresponda al órgano judicial que la legislación procesal determine sin invocación especial a otro órgano *superior*.

Ahora bien, tanto ese órgano judicial *inferior* como los *superiores*

actualmente citados en la vigente redacción de los preceptos estatutarios que se modifican son «*Juez ordinario predeterminado por la ley*», por lo que, dicha expresión contenida en la propuesta no parece adecuada, siendo preferible por seguridad jurídica, que se hiciera remisión al Juez con competencia objetiva, funcional y territorial que las normas procesales determinen de manera general y no por razón del cargo que ocupa la persona.

CUARTA.- Cuestiones formales y de técnica normativa.

El proyecto de decreto se ajusta en general a las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación ante la ausencia de normativa autonómica en la materia.

Ello no obstante hemos de efectuar las siguientes observaciones:

- La cita de las sentencias del Tribunal Constitucional debe realizarse de acuerdo con la Directriz 79, esto es, Sentencia del Tribunal Constitucional, número y año (con los cuatro dígitos), separados por una barra inclinada, fecha (día y mes) y asunto.

- La cita de la Constitución debe realizarse siempre por su nombre Constitución Española, y no por sinónimos tales como "Norma Suprema", "Carta Magna"… (Directriz 72).

- De acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua (RAE), cuyos criterios lingüísticos deben seguirse en la redacción de los textos normativos (Directriz 102) los cargos (diputados, presidente, vicepresidentes, consejeros…) deben escribirse en minúscula. No obstante puede admitirse que en la reforma estatutaria aparezcan en mayúscula, lo que es admitido por la RAE en ocasiones por razones de solemnidad, y en este caso también lo sería por coherencia con el resto del Estatuto.

- Por otro lado, por razones de sistemática entendemos conveniente que el párrafo cuarto de la parte expositiva referido a la reducción del número de diputados de la Asamblea, que tiene su correlato en el apartado uno del artículo único de la parte expositiva, preceda al párrafo tercero de la exposición de motivos relativo a la creación de circunscripciones electorales, que se corresponde con el apartado dos del referido artículo único, con ello se logra una adecuada coherencia entre la parte expositiva y dispositiva de la norma, entre la justificación y la norma concreta que se propone.

- De acuerdo con la directriz 12, que obliga a que en la parte expositiva se eviten las declaraciones laudatorias, entendemos que debería suprimirse el último párrafo de la exposición de motivos.

- Conforme a la directriz 57, en los apartados uno, dos, tres y seis en que se divide el artículo único, resulta conveniente que la expresión «*con la siguiente redacción*» se sustituyera por «*que queda redactado del siguiente modo*».

- En la nueva redacción del apartado 2 del artículo 10 se ha añadido un segundo párrafo, que en la redacción vigente forma parte del único párrafo, tras un

punto y seguido, con igual contenido, que entendemos debe tratarse de un simple error de transcripción que debería corregirse.

- En la redacción que se propone del apartado 4 del artículo 17 resulta conveniente que se sustituya el verbo "*ostentar*" por otro que estimamos más adecuado como "*desempeñar*", "*ejercer*", "*ocupar*" u otro similar.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Que una vez atendidas las observaciones efectuadas en el cuerpo del presente dictamen, que no tienen carácter esencial, procede someter al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, para la inclusión de medidas de regeneración democrática.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA 275/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE ENERO, (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª). RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1469/2015

Extracto: *En la sentencia se aborda la viabilidad de la revisión de actos nulos de pleno derecho en el supuesto de que exista una resolución judicial firme contraria a la declaración de nulidad. Ello lleva al alto Tribunal a abordar los efectos de la fuerza de cosa juzgada sobre la revisión de oficio de un acto que, objetivamente, se ha dictado en infracción del ordenamiento jurídico.*

En el caso que resuelve esta sentencia, el interesado ve inadmitida su solicitud de revisión de oficio de un acto administrativo contra el que planteo en su momento recurso contencioso-administrativo pero que, sin embargo, fue desestimado en sede jurisdiccional al declararse desierto el recurso de casación preparado. Ello no obstante, el mismo acto administrativo fue declarado nulo por el Tribunal Supremo como consecuencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por otra persona que ostentaba idéntico interés legítimo.

Entiende el alto Tribunal que la actuación administrativa inadmitiendo la revisión de oficio instada a consecuencia de una sentencia que declara la nulidad, no puede sustentarse en la existencia de otra sentencia firme que establece lo contrario, especialmente en supuestos en que sea clara la existencia de una causa de nulidad, pues ello supondría dar carta de naturaleza a una infracción del ordenamiento.

[…]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n° 653/2013, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 13 de marzo de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

---

* Ponente: Excma. Sra. D.ª Celsa Picó Lorenzo
ROJ: STS 275/2017 - ECLI: ES:TS:2017:275

«*FALLO:*

Que, desestimando el recurso 653/2013 interpuesto por D. Carlos Manuel contra la Orden de 29 de julio de 2013, del Consejero de la Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra Orden de 19 de marzo de 2013, que inadmitió solicitud, presentada el 21 de febrero de 2013, de revisión de oficio de la resolución de 5 de junio de 2001 del Director del Instituto Vasco de la Administración Pública, por la que se hicieron públicos los acuerdos del Tribunal Calificador relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico en el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A2-Licenciados en Derecho, convocado mediante Orden de 22 de junio de 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, debemos:

1°.- Declarar la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas, que por ello ratificamos, con rechazo de las pretensiones ejercitadas con la demanda.

2°.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas».

[…].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto del presente recurso de casación confirmó la actuación administrativa consistente en la inadmisión de la solicitud presentada por don Carlos Manuel de revisión de oficio de la calificación de la prueba práctica de la fase de oposición del proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco de 22 de junio de 2000 para el acceso al Cuerpo Superior Facultativo A-2 Licenciados en Derecho.

La singularidad del caso debida, al tiempo transcurrido, a las distintas actuaciones administrativas, a los procesos judiciales de signo contrario que inciden en él y, en especial, al pronunciamiento que sobre la cuestión de fondo hizo el Tribunal Supremo, obliga a exponer la secuencia de los acontecimientos relevantes.

Las pruebas selectivas en cuestión constaban de una fase de oposición, otra de conocimiento de idiomas y otra de concurso. La fase de oposición comprendía una prueba teórica y otra práctica. Esta última contaba a su vez con dos ejercicios. La base 4.1.2. no preveía su valoración separada ni el establecimiento de un mínimo a superar en cada uno de ellos. Después de realizados el 23 de febrero de 2001, el tribunal calificador acordó que la puntuación final de la prueba práctica vendría dada por la media aritmética de las obtenidas en cada uno de esos ejercicios y que debía ser de cinco puntos al menos para superarla. Además, el tribunal calificador acordó que si en uno de esos ejercicios se hubiera obtenido menos de cuatro puntos, entonces la media se reduciría a 4,90 puntos y el aspirante en cuestión quedaría eliminado. Esto es

precisamente lo que le sucedió al Sr. Carlos Manuel: logró 8,95 puntos en la prueba teórica y la media aritmética de los ejercicios prácticos fue de 5,625 puntos pero, por aplicación del criterio indicado, dado que en uno de ellos no llegó a los cuatro puntos, se redujo a 4,90 puntos y quedó excluido del proceso selectivo.

Impugnó en vía administrativa la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 que hizo público el acuerdo del tribunal calificador de 31 de mayo de 2001 con la lista de calificaciones definitivas de los aprobados y de los eliminados en la prueba práctica. La Orden de 19 de septiembre de 2001 desestimó su recurso. Y la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Bilbao n° 562, de 1 de julio de 2003, hizo lo propio con su recurso contencioso-administrativo n° 2338/2001. Preparado recurso de casación contra ella, fue declarado desierto por auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera de 12 de diciembre de 2003.

Paralelamente, otro aspirante que se hallaba en la misma situación del Sr. Carlos Manuel, don Horacio, vio acogidas sus pretensiones por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004), que anuló la de la misma Sección Segunda de Bilbao de 20 de noviembre de 2003, y le reconoció el derecho a que se aplicara a sus puntuaciones parciales de la prueba práctica la media aritmética de 5,13 puntos y se le incluyera entre quienes la superaron y, también, le reconoció el derecho a proseguir el proceso selectivo.

Al conocer esta sentencia, el Sr. Carlos Manuel pidió que se le extendieran sus efectos pero la Dirección de la Función Pública de la Administración vasca se lo denegó. Promovió entonces incidente de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el auto de 6 de octubre de 2010 de la Sala de Bilbao –confirmado en reposición por el de 12 de noviembre de 2010– declaró que no había lugar a ello pues había sido plenamente ejecutada. El auto de la Sección Primera de esta Sala de 7 de julio de 2011 inadmitió el recurso 578/2011 interpuesto contra esa decisión.

El Sr. Carlos Manuel se dirigió de nuevo a la Administración vasca el 26 de julio de 2012 pidiendo la revocación de la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 al amparo del artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La solicitud fue desestimada por Orden de 1 de octubre de 2012, confirmada en reposición por la de 22 de enero de 2013. Al resolver sobre esta petición la Administración hizo saber al interesado que el cauce escogido no era el adecuado y que para hacer valer sus pretensiones debía servirse del previsto por el artículo 102 de esa misma Ley.

Llegamos así al último estadio de la actuación administrativa, precisamente, el que va a ser objeto de recurso ante la Sala de Bilbao y respecto del cual ésta dictará la sentencia que debemos examinar. El Sr. Carlos Manuel no recurrió judicialmente la decisión plasmada en la Orden de 1 de octubre de 2012 sino que pidió la revisión de oficio de la resolución del Director del Instituto Vasco

de Administración Pública de 5 de junio de 2001. La causa de nulidad que invocaba era la advertida por la sentencia del Tribunal Supremo y, además, señalaba que la propia Administración le indicó que el camino que debía seguir era éste. Su solicitud fue inadmitida por Orden de 19 de marzo de 2013, confirmada en reposición por la de 29 de julio de 2013. La Administración justificó tal decisión diciendo, de un lado, que no podía contradecir los términos de la sentencia, ya firme, dictada por la Sala de Bilbao el 1 de julio de 2003 y, del otro, que las exigencias de seguridad jurídica y de protección a los demás aspirantes operan como límite de sus facultades revisoras.

SEGUNDO.- La sentencia n° 123/2015 de la Sección Segunda de la Sala de Bilbao desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Carlos Manuel contra esa última actuación administrativa.

Tras exponer con detalle las posiciones de las partes, repasa las características de la revisión de oficio tal como la contempla el artículo 102 de la Ley 30/1992 y recuerda que su finalidad es la de depurar los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos y su carácter extraordinario y que, por tanto, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atenta a las circunstancias del caso, todo ello según la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009). Coincide, luego, con la contestación a la demanda en que la Sala no podría en ningún caso satisfacer la pretensión sustantiva, sino solamente ordenar que se siguiera el procedimiento del citado artículo 102. Aquí se apoya en la sentencia de 21 de mayo de 2009 (casación 5283/2006).

A partir de este punto recuerda los límites a la revisión de oficio según la jurisprudencia expresada en esas dos sentencias y otras más, y, en concreto, que la solicitud no se apoye en la existencia de una causa de nulidad del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 ; que carezca manifiestamente de fundamento; y que se hubieran desestimado en el fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Asimismo, recoge las advertencias jurisprudenciales sobre los peligros que puede comportar una interpretación generosa de los artículos 62.1 y 102 y las que subrayan que la acción de nulidad solamente está concebida para canalizar infracciones que por su cualificada gravedad constituyan supuestos de nulidad plena.

Desde estas premisas la sentencia de instancia concluye que la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio fue conforme a Derecho. Y que la existencia de una sentencia previa y firme que rechazó el recurso del Sr. Carlos Manuel contra la resolución de 5 de junio de 2001 es razón suficiente para justificar la decisión administrativa. Dice, además, que son múltiples las sentencias de este Tribunal Supremo que ratifican la improcedencia de la revisión de oficio de actos sobre los que ha recaído un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio de la impugnación soportado en los efectos de la cosa juzgada. Cita aquí las sentencias de la Sección Séptima de 17 de diciembre de 2007 (casación 183/2004) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010), así como la de la Sección Cuarta de 28 de enero de 2014 (casación 553/2012).

Y añade que, aunque «*concurra una causa de nulidad de pleno derecho, en concreto, del art. 62.1 a) de la Ley 30/92 por vulneración del derecho fundamental, en este caso del art. 23.2 de la Constitución, por haber concluido en la STS de 27 de junio de 2008 que incorrecto había sido el criterio de puntuación del Tribunal del proceso selectivo, y que como tal criterio de valoración sería extensible al conjunto de destinatarios, debemos ratificar, siguiendo la doctrina del TS, que ello no impone superar el obstáculo que apreció la Administración, que la Sala ratifica, de ser no viable la revisión de oficio para modificar una previa sentencia firme recaía en recurso interpuesto por el interesado contra la resolución cuya revisión ahora se pretende, sin que pueda oponerse a la justificación de esa doctrina, en relación con la cosa juzgada, el que hubiera recaído con posterioridad la citada STS de 27 de junio de 2008, al acoger el recurso de casación interpuesto por el Sr. Horacio, quien había actuado de forma paralela y conjunta con el Sr. Carlos Manuel, dado que a sede judicial se trasladó la impugnación contra Orden que había dado respuesta conjunta a los recursos de alzada interpuestos, habiendo seguido el recurso 2338/2001 por el hoy demandante, en el que recayó sentencia firme desestimatoria, a ella nos hemos referido, mientras que el Sr. Horacio, en el ámbito del recurso 2231/2001, interpuso recurso de casación en el que se llegó a recaer la STS de 27 de junio de 2008, que es lo que finalmente desencadenó las distintas vías que ha seguido el demandante, a ellas nos referimos en el FJ 2°, para pretender que se le aplicaran los criterios de valoración que ratificó la STS, habiéndolo hecho, como veíamos, tanto en el ámbito de la ejecución de sentencia, como de la revocación del art. 105.1 de la Ley 30/92, como, finalmente en el ámbito en el que nos encontramos, en relación con la solicitud de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho*».

La sentencia explica, además, que la indicación que hizo al Sr. Carlos Manuel la Orden de 1 de octubre de 2012 de que la vía a seguir era la de la revisión de oficio no implicaba la aceptación de la procedencia de llevarla a cabo. Y, por último, dice:

«*En relación con uno de los reparos fundamentales que traslada la demanda, debemos significar que porque concurra una lesión de un derecho fundamental, en concreto un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62.1 a) de la Ley 30/92, no excluye que se pueda declarar la inadmisión del procedimiento de revisión de oficio, lo que enlaza con lo que se viene trasladando por la demanda, cuando razona la violación del derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución en relación con el art. 14, porque no se habían aplicado al demandante los criterios de puntuación ratificados por la STS de 27 de junio de 2008, porque de no existir el reparo que se apreció por la Administración, que la Sala debe ratificar, hubiera exigido no sólo que se le aplicara a él sino al conjunto de interesados en el procedimiento selectivo, sin perjuicio de que puedan o no entrar en aplicación los límites de la revisión que con carácter general se establece en el art. 106 de la Ley 30/92, también en relación con la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho del art. 102*».

[…]

CUARTO.- Antes de proceder al examen y resolución de los motivos de casación y de la oposición que a ellos ha hecho la Administración Vasca, es menester subrayar de nuevo las características singulares del asunto planteado en este proceso.

Tal como se desprende sin dificultad de cuanto se ha expuesto, la situación en la que se encuentra el recurrente se distingue porque pretende la corrección de una actuación administrativa de la que no hay duda de que es contraria al ordenamiento jurídico y lesiva de un derecho fundamental, tal como ha señalado la sentencia recurrida, pues el Tribunal Supremo ha apreciado la vulneración de las bases de la convocatoria con la consecuencia indicada en exactamente las mismas convocatoria, prueba y decisión del tribunal calificador a que se refiere el recurrente. Y, frente a ello, la Administración, confirmándolo la Sala de Bilbao, ha justificado la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio amparándose en una sentencia previa que se sabe con certeza que es contraria a la legalidad y lesiva del artículo 23.2.

En este contexto particular, el debate sustanciado en la instancia y ahora en casación gira en torno a los límites a los que está sujeta la revisión de oficio contemplada en el artículo 102 de la Ley 30/1992 y, en particular, a si lo constituye en este caso esa sentencia de 1 de julio de 2003 contra la que el Sr. Carlos Manuel no llegó a formalizar recurso de casación.

Según se va a explicar a continuación, la solución que debemos dar a la controversia que se nos ha sometido estará estrechamente ligada a las características singulares del caso.

[…]

SEXTO.- Alterando el orden en que los ha expuesto y para facilitar el razonamiento que debemos desarrollar, diremos que tampoco cabe acoger el sexto motivo de casación.

[…]

La actuación de la Administración vasca a propósito de la solicitud de revisión de oficio presentada por el Sr. Carlos Manuel va a ser, según se explicará a continuación, considerada contraria a Derecho pero no porque haya utilizado las facultades que le confiere la ley para un fin distinto del previsto por el ordenamiento jurídico sino porque ha entendido, al igual que la sentencia, que no podía llevar a cabo lo que el recurrente le estaba pidiendo a la vista de que hay una sentencia judicial firme que rechazó su pretensión. En definitiva, no cabe hablar en este caso de desviación de poder.

SÉPTIMO.- Los restantes motivos de casación pueden afrontarse conjuntamente pues vienen a sostener que la sentencia no ha efectuado correctamente el control judicial sobre la actuación administrativa impugnada ya que se daban los supuestos precisos para aplicar el artículo 102 de la Ley 30/1992 y no existe el límite infranqueable que se opuso a la solicitud, de manera que se ha venido a consagrar la infracción del derecho fundamental que el artículo 23.2 de la C.E. reconoce al recurrente.

Sin desconocer las características específicas de la institución de la revisión de oficio y, siendo conscientes de que esos rasgos exigen observar criterios restrictivos en su utilización, no obstante, también debe asegurarse que esa naturaleza extraordinaria que le distingue no impida hacer uso de ella en las ocasiones en que, ciertamente, se esté ante actos viciados de nulidad de pleno Derecho. Y no hay duda de que en este caso, cuya complejidad es innegable, el Sr. Carlos Manuel puso de manifiesto ante la Administración vasca una situación caracterizada por la existencia de una causa de nulidad, la prevista en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, que viciaba de ese modo el acto administrativo, configurando así el presupuesto del artículo 102.1 de ese texto legal.

Si bien la Administración, en apreciación confirmada por la sentencia de instancia, consideró que la existencia de un pronunciamiento judicial previo desestimatorio, ya firme, de la pretensión del Sr. Carlos Manuel le impedía resolver en sentido distinto, es decir, no le permitía ni siquiera admitir a trámite su solicitud, a juicio de la Sala, la solución debió ser la contraria. Abogan en favor de esta conclusión razones de mayor peso que las utilizadas por la sentencia recurrida.

Ante todo, el alcance de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004). Según explica en su fundamento tercero, la decisión del tribunal calificador de exigir, para superar el ejercicio práctico, además de que la media aritmética fuese superior a los cinco puntos, que las calificaciones parciales fueran, al menos, de cuatro puntos, en vez de ser el resultado de la interpretación de las bases de la convocatoria, supuso la introducción de un contenido no previsto en ellas que se traducía, además, en un requisito de eliminación también inexistente. Ello sin contar con que el acuerdo del tribunal calificador se tomó *a posteriori,* después de realizados los ejercicios y sin que los aspirantes lo hubieran podido conocer con anterioridad. O sea, con infracción de los principios de publicidad y seguridad jurídica.

En otras palabras y tal como defiende el escrito de interposición, la decisión del tribunal calificador consistió en una infracción de las bases y que supuso la alteración de uno de los criterios generales que debían observarse en el proceso selectivo. Es decir, no se trató de que se puntuaran incorrectamente los ejercicios prácticos del aspirante o que se cometiera con él una irregularidad, sino de que se añadió una exigencia que no debió imponerse. Y ese defecto se proyecta hacia todos los aspirantes que, como el ahora recurrente, lograron una media de cinco o más puntos pero con una calificación inferior a cuatro en uno de los ejercicios.

En estas singulares circunstancias, la sentencia n° 562, de 1 de julio de 2003, no puede convertirse en obstáculo a la pretensión del Sr. Carlos Manuel.

En efecto, se limitó a señalar escuetamente que las facultades interpretativas del tribunal calificador le permitían acordar la forma de calificar el ejercicio práctico que se aplicó, que eso no supuso discriminación entre los aspirantes ya que se observó respecto de todos ellos y que tampoco significó la vulneración del principio de confianza legítima por haberse fijado ese criterio después de celebrados los ejercicios, pues, además de haberse aplicado a todos, se trataba de una exigencia razonable: solamente requería "un mínimo de conocimiento (4 puntos sobre 10) de cada caso práctico".

En cambio, tal como se ha dicho, la sentencia de la Sección Séptima de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004) puso de relieve la dimensión objetiva de la infracción cometida por el tribunal calificador ya que significó la imposición de un requisito inexistente en las bases a las que se sometía la convocatoria. Este diferente plano marca una importante diferencia que, unida a los matices que la jurisprudencia ha establecido para apreciar la fuerza de la cosa juzgada en supuestos excepcionales en que se pida la revisión de oficio [señalados en las sentencias de la Sección Séptima de esta Sala de 17 de mayo de 2013 (recurso 826/2011), de 22 de mayo de 2013 (recursos 799, 789, 804, 830, 851/2011) y las de 19 de julio de 2012 (recursos 775, 777, 778, 780, 781, 798, 803, 806, 807, 809, 814/2011, entre otras de esta fecha)], hace que aquél pronunciamiento no sea suficiente para impedir la solicitada por el Sr. Carlos Manuel. Todo ello se dice sin contar con que rechazar la procedencia de dicha revisión supondría dar carta de naturaleza a una infracción de esas características.

Del mismo modo, la insistente doctrina del Tribunal Constitucional [sentencias 192/2012, 124/2011, 30/2008, 26/2004, 153/2003, 138/2000, 197/1993, 85/1990, 26/1990, 81/1989, 223/1988, entre otras] que exige seguir la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, precisamente por el mayor valor que poseen, conduce a la solución que se acaba de indicar.

En fin, la misma jurisprudencia en que se apoya la sentencia de instancia para coincidir con la Administración vasca en que el recurso contencioso-administrativo solamente podría conducir a que se ordenara la incoación del procedimiento de revisión y no al acogimiento de lo que pide el Sr. Carlos Manuel acepta que el pronunciamiento judicial pueda hacerse ya sobre el fondo en supuestos en que sea clara la existencia de una causa de nulidad. Pues bien, esto es lo que sucede en este caso por las razones ya expuestas.

De otro lado, cabe indicar que esta Sala ya ha procedido a resolver directamente sobre la cuestión sustancial planteada en casos en que se habían desestimado indebidamente solicitudes de revisión de oficio y estaba comprometido el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. Así, las sentencias de la Sección Séptima de 23 de junio de 2008 (casación 6774/2005), 22

de febrero de 2007 (casación 5893 y 7190/2001), de 1 de junio de 2007 (casación 6784/2005), entre otras.

OCTAVO.- La consecuencia que se impone a la vista de cuanto se acaba de decir, es la de que el recurso de casación debe ser estimado, anulada la sentencia y, puestos, conforme ordena el artículo 95.2 d) LJCA, a resolver el debate en los términos en que está planteado, también se impone la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Estimación que implica la declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada y, en particular y exclusivamente en lo que concierne al recurrente, de la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 y del acuerdo del tribunal calificador de 31 de mayo de 2001.

Además, se le ha de reconocer al Sr. Carlos Manuel el derecho a que se valore la prueba práctica con la media aritmética de las calificaciones de los ejercicios de que se componía y, en consecuencia, a que se le declare apto en ella.

Asimismo, se le ha de reconocer el derecho a continuar el proceso selectivo realizando la prueba de idiomas y la fase de concurso, con todas las consecuencias correspondientes.

[…]

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1° Que ha lugar al recurso de casación n° 1469/2015, interpuesto por don Carlos Manuel contra la sentencia n° 123, dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que anulamos.

2° Que estimamos el recurso n° 653/2013, anulamos las Órdenes de 19 de marzo y de 29 de julio de 2013 del Consejero de Administració.n Pública y Justicia del Gobierno Vasco.

3° Que declaramos nula la resolución de 5 de junio de 2001 del Director del Instituto Vasco de Administración Pública por la que se hicieron públicos los acuerdos del tribunal calificador relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A-2 Licenciados en Derecho, convocado por Orden de 22 de junio de 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública únicamente en lo que concierne al recurrente.

4° Que le reconocemos el derecho a que se le aplique la media aritmética de sus puntuaciones parciales del ejercicio práctico y se le incluya en la relación de los resultados definitivos de dicha prueba con la calificación de apto y una puntuación de 5,625 puntos; y le reconocemos también el derecho a proseguir el proceso selectivo, con los efectos inherentes y consecuentes a su continuidad en el mismo.

[…]

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2017 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª). RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2376/2015.

Extracto: *La sentencia trae causa de un procedimiento de revisión de oficio de la concesión de una subvención en la que se ordenó la devolución de la cantidad percibida como consecuencia de la declaración de nulidad del procedimiento de concesión.*

Recurrida la resolución administrativa anulatoria, el Tribunal Superior de Justicia mantuvo la nulidad del acto revisado si bien estableció la necesaria atemperación de los efectos de dicha nulidad en atención a lo previsto en el artículo 106 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en concreto, por el transcurso del tiempo. En consecuencia, resolvió la improcedencia de la devolución de la cantidad percibida por la sociedad beneficiaria.

El Tribunal entiende que el artículo 106 de la Ley 30/1992 (actual artículo 110 de la Ley 39/2015) es de aplicación a las facultades de revisión de oficio, no a los efectos de la eventual declaración de nulidad. En consecuencia, entiende que no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de la acción de reintegro de una subvención a los límites excepcionales de la facultad de revisión de un acto nulo de pleno derecho.

Por tanto, no es posible que, una vez declarada la nulidad, esta sea desposeída de sus efectos jurídicos

Asimismo, el Tribunal entiende que el transcurso del tiempo como límite para ejercer las facultades revisorias no se corresponde con el plazo de prescripción de las acciones frente a actos anulables, sino cuando se trata de lapsos excesivos y desproporcionados susceptibles de afectar a terceros de buena fe y a la seguridad jurídica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por Mercantil ABC y por la Junta de Andalucía, contra la sentencia de 12 de mayo de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, estimatoria parcial del recurso núm. 510/2014, presentado frente a la resolución de 8 de julio de 2014, de la Secretaria General de Empleo, dictada por delegación del Consejero de Economía, Inno-

vación, Ciencia y Empleo, por la que se declara la nulidad del convenio de 25 de marzo de 2003, suscrito entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto de Fomento de Andalucía, por el que se encomienda a éste la gestión del otorgamiento de una ayuda, así de cuantos otros actos se hubiesen realizado para su materialización; ordenándose en dicha resolución la devolución del importe de la totalidad de la cantidad percibida que asciende a 600.012,12 euros.

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó en parte el recurso contencioso-administrativo con sustento en los siguientes razonamientos:

«*TERCERO.- Del expediente se desprende que la Administración eludió todos y cada uno de los trámites previstos en el Titulo 1 capitulo 1, II o III de la Ley General de Subvenciones previstos para su concesión y gestión (rectificado por auto de aclaración de 12 de mayo de 2015 y sustituido por "en el Título VIII de la Ley 5/83, de Hacienda Pública de Andalucía y Decreto 254/01"] previstos para su concesión y gestión. Es decir, se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al constar sólo los actos revisados y actuaciones materiales tendentes al pago, lo que supone conforme al artículo 62 de la Ley 30/92 y 34 de la Ley General de Subvenciones la nulidad de pleno derecho. De ahí que la declaración de nulidad contenida en el apartado primero de la Resolución impugnada es ajustada a Derecho, siendo plenamente aplicables las sentencias citadas y las dictadas con posterioridad sobre las ayudas a los ERE por inexistencia de procedimiento alguno de concesión.*

CUARTO.- Sentada la conclusión favorable a la apreciación de la existencia de nulidad, porque la causa es inequívoca, es preciso valorar como alega el actor si concurren circunstancias que hayan de ser consideradas como límite a la revisión de oficio de conformidad con el artículo 106 de la Ley 30/92.

Dicho precepto no es una norma interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma conectada con las causas de nulidad y sus efectos que no ignora la existencia de esos efectos, sino que pretende atemperarlos, de ahí la referencia a la ponderación de circunstancias concretas y a estándares abstractos como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempera las consecuencias rigurosas en la aplicación de la ley cuando concurran motivos suficientes.

Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera con carácter restrictivo la constatación de los límites a que se refiere el artículo 106, pues en caso contrario se convertiría en una vía de escape a las consecuencias de la nulidad, pero también es cierto que el legislador ha previsto una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que debe ser aplicado en función de las circunstancias presentes en cada caso. Así en sentencias de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012, resume su doctrina contenida en la de 17 de enero de 2006 sobre la revisión de los actos administrativos firmes que "Se sitúa en dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar

actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salva guarda de la seguridad jurídica y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros".

Igualmente sostiene: "Parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de aplicación del artículo 106 dependerá de cada caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y las relaciones entre particulares". Y recuerda que el Tribunal Supremo no ha dudado en numerosas ocasiones en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad.

QUINTO.- La traslación de la doctrina expuesta en relación al caso enjuiciado para compatibilizar estos principios y derechos en función de los bienes jurídicos en juego, permite la aplicación del artículo 106, al apartado segundo de la resolución impugnada, que exige la restitución de la ayuda, ya que tanto de la Ley General de Subvenciones (artículo 39), como la Ley General Presupuestaria o la Ley de la Hacienda Pública Andaluza, establecen un plazo de cuatro años de prescripción, que ha sido superado con creces, desde la fecha del último pago el 27 de noviembre de 2003, por lo que los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica, apartado que debe ser anulado conforme a lo dispuesto en dicho precepto».

[…]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[…]

OCTAVO.- Entrando ya en el fondo del recurso de casación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, consta de un único motivo, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, y aduce que la sentencia de instancia vulnera «*los artículos 102 y 106 de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 36.4 y 39 de la Ley General de Subvenciones; así como del artículo 15.1 y de los apartados 3 y 4 del artículo 77 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*», e infringe «*la doctrina que acerca de la aplicación de los artículos 102 y 106 de la Ley 30/1992 se contempla en las sentencia del Tribunal*

Supremo de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012 y 17 de enero de 2006» (pág. 4 del escrito de interposición).

El motivo ha de ser estimado. No es posible compartir las razones por las que la Sala de instancia elimina [y] priva de efecto real a la declaración de revisión de oficio, al aplicar como límite de sus efectos lo previsto en el art. 106 de la LPAC y anular la obligación de devolución de la suma recibida como subvención. En primer lugar, el art. 106 no habilita para moderar los efectos de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, sino que establece un límite al propio ejercicio de las facultades de revisión de oficio, basado en determinados presupuestos. Ello es así por la propia interpretación lógica y sistemática del precepto, en relación con el art. 102 de la LPAC. El art. 102 establece los presupuestos y efectos de la revisión, y el art. 106 establece límites a su ejercicio, pero no a sus efectos. Así lo confirma el art. 102.4 que, precisamente porque los efectos derivados de la nulidad apreciado en la revisión de oficio han de producirse en toda su extensión, dispone que los interesados podrán ser indemnizados en la misma resolución de revisión de oficio, si se dan las circunstancias que prevé el art. 139.2 y 141.1 de la LPAC.

Esta cuestión ha sido resuelta, en este mismo sentido, en nuestras recientes sentencias de 21 de diciembre de 2016 (rec. cas. núm. 312/2015) y de 11 de enero de 2017 (rec. cas. núm. 1934/2014), a las que procede remitirnos en aplicación del principio de seguridad jurídica, igualdad y unidad de doctrina, por resolver situaciones completamente análogas a la de autos. Así, en la sentencia de 11 de enero de 2017, cit., se estimó el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra otra sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que adoptó la misma decisión que la ahora recurrida, al privar del efecto restitutorio a la declaración de revisión oficio de una subvención concedida por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. También en aquel caso había transcurrido un periodo de más de cuatro años entre el último pago y el procedimiento de revisión de oficio. El motivo de casación, que como el de autos, se interpuso al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, alegaba las mismas infracciones que invoca el que nos ocupa, esto es, infracción de los arts. 102 y 106 de la Ley 30/1992, en relación con los arts. 36.4 y 39 de la Ley General de Subvenciones y de los arts. 15 y 77. Apartados 3 y 4 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre General Presupuestaria y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012.

Como se razona en la sentencia de 11 de enero de 2017, cit., (FD tercero), «*[...] varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del art. 106 de la ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia.*

1) En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

Conviene empezar por recordar que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda, (artículo 36.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Nulidad que determina conforme el apartado 4 del art. 36 de la ley de Subvenciones la devolución de las cantidades percibidas.

La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS 16-7-2003, sección 4ª, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia contenga razonamiento alguno al respecto. Antes al contrario, descarta expresamente, y este aspecto no es controvertido en casación, que el cambio de propietarios de la sociedad tenga influencia en el caso de autos. Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio.

2) En segundo lugar, tampoco puede compartirse el alcance anulatorio pretendido por la sentencia de instancia, que afectó al apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida.

Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica.

Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse ("no pueden ser ejercitadas") por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello.

La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.

Es más, si se considera que el exceso en la actuación de la Administración no se produjo por el ejercicio de la acción destinada a obtener la revisión de oficio del acto sino por el retraso en el ejercicio de la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, la conclusión alcanzada por la sentencia tampoco podría ser aceptada.

En esta hipótesis el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas. Así lo apuntamos ya, aunque de forma incidental, en nuestra sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223/201) afirmándose que "[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha

declaración de nulidad". Sin que tampoco se pueda confundir este supuesto con la prescripción de la acción destinada a reclamar el importe de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones que, como ya hemos señalado en una numerosa jurisprudencia, no requiere el ejercicio previo de una revisión de oficio».

NOVENO.- Estas argumentaciones, a las que nos remitimos, examinan cumplidamente y dan respuesta a todas y cada una de las cuestiones alegadas por las partes. Añadiremos que no pueden tener favorable acogidas las argumentaciones de la representación de Mercantil ABC, tanto al sostener su recurso de casación como al oponerse al de la Administración, respecto a la procedencia de limitar las facultades de revisión, por el tiempo transcurrido entre el pago de la subvención, cuyo último abono se produjo el 27 de noviembre de 2003 y el procedimiento de revisión, que se inició por resolución de 28 de diciembre de 2011 y se concluyó por resolución de 8 de julio de 2014. Los plazos que nuestra jurisprudencia ha considerado como límite al ejercicio de la facultad de revisión, por todas la sentencia de 11 de enero de 2017, cit., son mucho más amplios que los que han transcurrido aquí. Tampoco puede apreciarse incompatible con el ejercicio de la facultad de revisión de oficio el hecho de que el expediente de subvención en favor de Mercantil ABC hubiera sido examinado, al igual que otros de las mismas características, por el Interventor General de la Junta de Andalucía, en una actuación de control por muestreo que culminó con un informe que data de 2005, donde se advertía de las irregularidades invalidantes cometidas en el procedimiento de concesión. El hecho de que no se iniciara el expediente de revisión de oficio hasta varios años después, no puede ser causa bastante para la aplicación del art. 106 de la LPAC, dado el alcance de la gravísimas omisiones procedimentales en que incurre la actuación revisada, que carece de cualquier acto que se pueda reconocer como propio de un procedimiento de otorgamiento de subvención, menos aún cuando se trata de una suma tan importante (600.012,12 euros) como la que fue transferida a la recurrente. El referido informe del Interventor General tiene un ámbito de examen limitado, y su finalidad es distinta a la del procedimiento de revisión de oficio, por más que en su contenido se puedan constatar hechos relevantes para establecer indicios de las irregularidades que han motivado el ejercicio de la acción de revisión de oficio. Los supuestos a que se refiere el art. 106 de la LPAC hacen referencia a situaciones consolidadas de terceros de buena fe, y en modo alguno puede atribuirse esta condición a quien, como la entidad actora, percibió una subvención de la Administración pública por importe de 600.012,12 euros, sin seguir ningún procedimiento, y ni tan siquiera formalizar una solicitud, ni asumir compromiso de ningún tipo. Lo grosero de las omisiones y la absoluta inexistencia de un procedimiento administrativo, son elementos suficientes para descartar que en este caso se haya derivado, por razón del ejercicio de la facultad de revisión de oficio, ninguna lesión a la equidad, y menos aún afectación de expectativas de los particulares que pudieran considerarse legítimas, o situaciones de buena fe que debieran ser mantenidas.

Por todo ello, ha lugar al recurso de casación de la Junta de Andalucía, al entender que la sentencia de instancia incurrió en una indebida aplicación de la previsión contenida en el art. 106 de la Ley 30/1992, al anular el apartado segundo de la Orden impugnada en el que se acordaba iniciar el procedimiento para la

restitución de la ayuda indebidamente percibida. Y en consecuencia, casada y anulada la sentencia recurrida, procede desestimar el recurso contencioso interpuesto por la entidad "Mercantil ABC" contra la resolución de 8 de julio de 2014 de la Secretaría General de Empleo de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (dictada por delegación de su titular, por Orden de 5 de junio de 2013), que se confirma en su integridad por ser ajustada a Derecho.

[…]

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

[…]

Haber lugar al recurso de casación núm. 2376/2015 interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia de 12 de mayo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera, Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se estima en parte el recurso núm. 510/2014, declarando la nulidad del apartado Segundo de la resolución de 8 de julio de 2014, de la Secretaría General de Empleo de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (dictada por delegación de su titular, por Orden de 5 de junio de 2013), sentencia que casamos y anulamos.

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil "Mercantil ABC" contra la resolución de 8 de julio de 2014, de la Secretaria General de Empleo, dictada por delegación del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo por Orden de 5 de junio de 2013), por la que se declara la nulidad del convenio de 25 de marzo de 2003, suscrito entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto de Fomento de Andalucía, por el que se encomienda a éste la gestión del otorgamiento de una ayuda, así de cuantos otros actos se hubiesen realizado para su materialización; ordenándose en dicha resolución la devolución del importe de la totalidad de la cantidad percibida que asciende a 600.012,12 euros, resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho. […]

Referencias Bibliográficas

RECENSIÓN

Joan Oliver Araujo, «*Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*». Tirant lo Blanch, València, 2017, 244 págs.

¿Gobernabilidad o representatividad? Difícil pregunta con una respuesta todavía más complicada. Ardua decisión es pronunciarse sobre el futuro político de nuestra democracia. Emitir un juicio sobre la pugna entre la necesidad de un Gobierno eficaz en cuanto a sus objetivos y de una representatividad que sea vivo reflejo de la diversidad política del país es, ciertamente, una de las cuestiones más complejas a las que a día de hoy puede enfrentarse un constitucionalista español. No obstante, es abordada con rigor y ciencia por el profesor Joan Oliver Araujo en el libro objeto de este comentario: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad.* Efectivamente, el trabajo del catedrático mallorquín –cuyo origen se encuentra en su brillante discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares– versa, como su propio título indica, sobre las barreras electorales o cláusulas de exclusión electoral. La bondad democrática de esta institución ha sido profundamente controvertida en la doctrina, pues condiciona el ejercicio de uno de los más relevantes derechos fundamentales del ciudadano en un país libre: el derecho al sufragio.

Aun conformando ésta una materia de importancia absolutamente crucial es, sin embargo, escasa la atención que la literatura jurídica española le ha prestado, algo que, por cierto, contrasta con el amplio tratamiento que ha tenido en otros países de nuestro entorno político, como Italia o Alemania. Dicha circunstancia convierte el libro del profesor Oliver en una lectura imprescindible para todo aquel que desee comprender cómo juegan los votos en la determinación de las mayorías y cómo juegan estas últimas en la atribución de escaños a cada fuerza política, esto es, en definitiva, cómo se traduce el resultado de nuestro voto en nuestra representación política.

Quiero adelantar, además, como notas relacionadas con el libro en su conjunto, su elevada calidad científica y su rigor técnico, cualidades siempre presentes en los trabajos del profesor Oliver Araujo. Ello se manifiesta, específicamente, en el carácter omnicomprensivo y detallado del análisis crítico presentado por el autor, el cual ha sabido tener en cuenta el amplio espectro de la materia a tratar. Dicho lo anterior, veamos a continuación cuál es la estructura y contenido de la obra.

En cuanto a su estructura, el libro se divide en ocho capítulos. El primero, de carácter introductorio, contiene un acercamiento a la noción de sistema electoral y a sus elementos, permitiendo encuadrar en el marco del mismo a las barreras

electorales. Los cinco siguientes capítulos están dedicados al análisis de las mismas. En el capítulo II el autor conceptúa las barreras electorales y analiza su naturaleza y finalidad, así como las distintas elecciones en las que éstas están presentes y los criterios utilizados para el cómputo de los votos a los efectos de establecerlas. En los capítulos III a V examina las distintas barreras del sistema electoral español, a saber, la barrera electoral establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados, las barreras utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos y la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, respectivamente. El capítulo VI presenta, de forma ordenada y crítica, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. Finalmente, el libro se cierra con dos capítulos de extraordinario interés: el capítulo VII, en el que el profesor Oliver ofrece una visión crítica de la propuesta realizada por un sector de la doctrina de implantar en España las barreras electorales existentes en el ordenamiento jurídico alemán; y el capítulo VIII, en el que estudia diversos casos en los que el umbral electoral se ha utilizado, de forma encubierta y tal vez espuria, como barrera electoral.

Por lo que se refiere al contenido, Oliver Araujo examina críticamente todos y cada uno de los aspectos fundamentales de la materia objeto de estudio, permitiendo al lector conocer con detalle cómo juegan las barreras electorales en la participación política de los ciudadanos españoles, en el marco de nuestro sistema democrático. Sin perjuicio de recomendar encarecidamente una lectura pausada y profunda del libro, voy a referirme de forma sucinta a los puntos más fundamentales sobre los que se ha pronunciado el autor. Ello –insisto– sin dejar de efectuar, en este momento, una remisión a la lectura del trabajo en su conjunto, al objeto de adquirir un conocimiento de alto nivel sobre las barreras electorales. Algo, además, de todo punto necesario para los estudiosos del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política.

1. En el capítulo I, el profesor Oliver Araujo presenta el sistema electoral como el elemento nuclear de la democracia representativa (pág. 25) y la pieza fundamental del régimen político (pág. 28), en tanto en cuanto conforma el instrumento mediante el cual se produce la participación política de los ciudadanos y la representación del soberano constitucional en el marco del Estado de Derecho. Junto a ello, reseña los distintos elementos que lo integran (cuerpo electoral, circunscripción electoral, fórmula electoral y barrera electoral), poniendo de relieve que no existe un solo régimen electoral admisible, sino que cada entidad política deberá adoptar el que mejor se adapte a su propia realidad y a sus necesidades políticas, decidiendo qué aspecto o aspectos desea potenciar (pág. 29). Subraya que lo más importante es que las técnicas electorales (lo que se ha venido a denominar la "ingeniería electoral") reflejen, de forma honrada y exacta, la voluntad de los ciudadanos (pág. 30).

Analizando los elementos mencionados, el autor destaca el hecho de que el sufragio universal, como derecho público subjetivo entroncado con el concepto de soberanía, deba ejercerse de forma colectiva por los nacionales del país que tienen la

suficiente capacidad intelectual para ejercer los derechos políticos (pág. 31), criticando el hecho de que en algunos países los condenados penales queden excluidos del mismo (pág. 33). Además, también advierte acerca de la incorrección que supone identificar el término de votante con el de elector, es decir, quien ostenta la capacidad y cumple los requisitos para ejercer el derecho de sufragio, siendo que aquél, el votante, es quien efectivamente hace uso de su derecho de voto (pág. 33). Ello es así porque éste, el derecho de voto, no constituye una obligación jurídica, sino un derecho de libre disposición por su titular, de tal forma que la abstención también es una posibilidad legal y legítima (pág. 33). Ésta es usada, en ocasiones, de forma consciente como un reproche cívico que, si fuera exteriorizado masivamente, podría obligar a replantearse la legitimidad del sistema político en su conjunto (pág. 34).

De todos los elementos que integran el sistema electoral, Oliver Araujo señala que es la circunscripción (es decir, cada una de las porciones en las que se divide el territorio de una entidad política a efectos electorales) el elemento que condiciona de forma más decisiva el funcionamiento real del sistema electoral (pág. 36). Así, pues, manifiesta que el tamaño de las circunscripciones condiciona decisivamente la proporcionalidad de la representación y el fraccionamiento del sistema de partidos (pág. 38), de tal forma que un cambio en las circunscripciones puede implicar un cambio del sistema electoral (pág. 39). Finalmente, por lo que respecta a este capítulo, el profesor Oliver examina las distintas fórmulas electorales, abogando –a pesar de todos sus inconvenientes– por el sistema proporcional como el mejor sistema de reparto de escaños, por responder a una idea elemental de justicia igualitaria (pág. 39).

2. Es a partir del segundo capítulo donde Oliver Araujo se adentra de lleno en el análisis de las cláusulas de exclusión. Define la barrera electoral como aquella cláusula en virtud de la cual se establece el porcentaje mínimo de votos que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa (pág. 46). Además, para evitar confusiones muy comunes, la diferencia rápidamente del "umbral electoral", sin perjuicio de que en el capítulo VII analice cómo éste se utiliza en ocasiones, de forma encubierta, cómo barrera electoral.

Afirma que las barreras electorales son una decisión legítima del legislador orgánico o del legislador ordinario competente (pág. 64), ya que su finalidad es actuar como dispositivos correctores del excesivo fraccionamiento partidista, a los efectos de poder formar un Gobierno estable y eficaz. Sin embargo, el autor advierte enseguida de que, también, tienen un efecto concentrador, pues desincentiva el sufragio de los posibles votantes de aquellos partidos con escasas o nulas posibilidades de superar la cláusula de exclusión (pág. 58). Por este motivo, entiende que las barreras electorales establecen una diferencia de trato lesiva para los intereses de los candidatos de los partidos minoritarios (pág. 50), especialmente para los de nueva creación (pág. 54). Además, erosionan la posición de los partidos menores que no tengan la certeza de superar la barrera en el ámbito en el que se aplica (pág. 51). En cualquier caso, el profesor Oliver subraya, como dato esencial,

que las barreras electorales constituyen barreras legales y no barreras constitucionales, ya que están establecidas por la LOREG, por las leyes electorales autonómicas o por los Estatutos de Autonomía, pero en ningún caso por la propia Constitución, pudiendo por tanto ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador estatal o autonómico (pág. 63).

A continuación, el autor se pronuncia sobre la inclusión de los votos en blanco dentro de los votos válidamente emitidos para el cálculo de las barreras electorales. Tras señalar que garantizaría mucho mejor el secreto del voto la previsión de una papeleta específica para emitir el voto en blanco (pág. 75), indica –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– que estimar válidos los votos en blanco a efectos de computar el mínimo de apoyos exigible constituye una legítima opción política de participación en el proceso electoral (pág. 82). Por otra parte, en relación a la general utilización de la regla D'Hondt en todas las elecciones que se celebran en España (salvo las del Senado), afirma que muchas de las limitaciones a la proporcionalidad que se achacan a dicha regla son, en realidad, más imputables al pequeño tamaño de los distritos y a las distorsiones en el reparto territorial de escaños que a la fórmula electoral propiamente dicha (pág. 85).

3. El profesor Oliver Araujo dedica los capítulos III, IV y V a estudiar las barreras electorales en cada una de las distintas elecciones en las que se utilizan: las del Congreso de los Diputados, las de los diecisiete Parlamentos autonómicos y las de los órganos de gobierno de los entes locales (Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares baleares). Asimismo, realiza una breve referencia a los comicios en los que se excluye la utilización de las referidas barreras (las elecciones de los diputados españoles al Parlamento Europeo) y a los posibles motivos de esta decisión política. Entre ellos destaca la voluntad de potenciar al máximo la proporcionalidad de los resultados (pág. 68), tanto por la referida inexistencia de cláusula de exclusión (opción que el Derecho Europeo dejó al criterio de los Estados) como por la amplia magnitud de la única circunscripción, todo el territorio del Estado (págs. 69-70).

a) El capítulo III lo dedica a estudiar la barrera existente en las elecciones al Congreso de los Diputados, que es del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción (artículo 163 LOREG). El autor destaca su escasa efectividad territorial (pág. 87), debido a la pequeña magnitud de la inmensa mayoría de las provincias españolas (pág. 88). En concreto, indica que esta cláusula solo puede ser efectiva en una circunscripción que tiene asignados más de veinticuatro escaños (pág. 90), magnitud que únicamente superan las provincias de Madrid y Barcelona, pero no las otras cuarenta y ocho circunscripciones provinciales ni, por descontado, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (pág. 89). Sin embargo, aunque subraya que se trata de una cláusula ornamental y casi inútil en la práctica (pág. 90), explica su existencia por una razón muy concreta: «*Es una especie de declaración de principios que indica que los partidos pequeños no son bienvenidos al Parlamento español, al mismo tiempo que se les impele a formar grupos políticos más amplios, mediante un procedimiento de agregación de*

voluntades» (pág. 90). Es, además, expresión de la "conocida tendencia inmovilista del legislador" a la hora de reformar la legislación electoral (quien quiere no puede y quien puede no quiere).

b) En el capítulo IV, el profesor OLIVER ARAUJO analiza las barreras electorales utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos. Señala que los diecisiete sistemas autonómicos han establecido barreras electorales, ya sea a través de su Estatuto de Autonomía o de la aprobación de leyes electorales propias. Advierte, sin embargo, que su altura varía muy sensiblemente de una comunidad a otra (pág. 108). En este sentido, clasifica las diferentes barreras electorales en seis niveles, que van desde el tres por ciento en la circunscripción al seis por ciento en el conjunto de la Comunidad Autónoma, según se prime la representatividad o la gobernabilidad (pág. 108), Subraya que, a diferencia de lo que sucede con las elecciones al Congreso de los Diputados, en los ordenamientos jurídicos autonómicos las barreras electorales producen, en numerosas circunscripciones, sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados. Ello se debe a la mayor altura de las barreras y/o a la mayor magnitud de las circunscripciones (pág. 144). También pone de relieve la constante modificación de las barreras electorales autonómicas (subiéndolas o bajándolas). A juicio del profesor Oliver, aunque estas reformas legislativas "siempre han ido acompañadas de respetables argumentos jurídicos" (pág. 140), «*en realidad obedecen a la conveniencia política de las mayorías coyunturales… en una suerte de* gerrymandering*, que intenta esconder sus miserias bajo armazones teórico prácticos que al rascarse mínimamente muestran endebles justificaciones*» (pág. 139).

c) El capítulo V estudia la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, que se sitúa, para todos los casos, en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Manifiesta el profesor Oliver que se trata de una barrera muy elevada y, ciertamente, con notable eficacia, debido a la mayor magnitud de la circunscripción y al elevado porcentaje de apoyos que exige (pág. 159). Su justificación se halla en la Transición Política, pues fue un modo de favorecer la implantación de los partidos políticos frente a las posibles agrupaciones locales de electores. Por otra parte, el catedrático de la Universidad balear critica la disparidad de fuentes reguladoras de las elecciones de los gobiernos de las islas de las Comunidades Autónomas de Canarias y de Baleares, pues en tanto la regulación de las barreras electorales de los Cabildos canarios se encuentra en la LOREG, la los Consejos Insulares de Baleares se ha fijado por ley autonómica. Entiende el autor que esta incongruencia en la regulación de las barreras electorales insulares en Canarias y Baleares debería corregirse, incorporando en la LOREG un título IV bis (con su solo artículo: el 201 bis) con el siguiente rótulo: «*Disposiciones especiales para la elección de los Consejos Insulares de Baleares*» (pág. 157).

4. En el Capítulo VI examina detalladamente toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente en materia de barreras electorales. El profesor

OLIVER pone el acento en este punto en la extremada condescendencia del máximo intérprete de la Constitución tanto con el legislador estatal como con los legisladores autonómicos al haber avalado la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia (pág. 163). Al mismo tiempo, subraya su excesiva ambigüedad a la hora de afrontar algunas de las cuestiones más complejas relacionadas con las mismas, como son los parámetros y los límites de las propias barreras electorales. En concreto, el Tribunal Constitucional sitúa el máximo admisible en el cinco por cierto de los votos emitidos en el conjunto del territorio donde se celebran las elecciones, pero dejando la puerta abierta a porcentajes más elevados al amparo de una fórmula indeterminada: "poderosas razones que lo justifiquen" (pág. 178-179). Para Oliver Araujo resulta bastante claro, en cambio, que la exigencia constitucional de proporcionalidad impone mucha moderación a la hora de establecer cláusulas de exclusión de partidos minoritarios, ya que –a su juicio– no son admisibles barreras muy elevadas que excluyan del reparto de escaños a partidos de cierta importancia electoral, "más allá de lo estrictamente necesario para conseguir un Gobierno eficaz". En su opinión, el establecimiento de barreras superiores al cinco por ciento de los votos emitidos debe estar adecuadamente motivado y suficientemente ponderado por el legislador que las incorpora (pág. 175).

5. En los dos últimos capítulos del libro, el profesor OLIVER ARAUJO aborda dos cuestiones muy presentes en el debate constitucionalista actual: la posible implantación en España de la barrera electoral regulada en el ordenamiento jurídico alemán (capítulo VI), y la frecuente utilización del umbral electoral como barrera electoral encubierta (capítulo VII).

a) Respecto de la primera cuestión, considera que la barrera electoral alemana del cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto del Estado (regla general), puede no resultar compatible con la Constitución española, al perjudicar sensiblemente los mandatos de proporcionalidad y pluralismo político, que ésta establece en sus artículos 68.3 y 1.1. En efecto, la aplicación de esta cláusula conduciría a dejar fuera del Congreso de los Diputados a todos los partidos nacionalistas y a numerosos partidos políticos establecidos en todo el territorio del Estado (pág. 192). En relación con las dos excepciones que prevé el ordenamiento jurídico alemán para que un partido pueda acceder al *Bundestag* sin superar la mencionada barrera electoral –esto es, que sus candidatos triunfen, al menos, en tres distritos uninominales, en cuyo caso participarán en el reparto general de escaños–, o bien que uno o dos candidatos triunfen en sus distritos uninominales –supuesto en el que no participará en el reparto general de escaños–), OLIVER ARAUJO considera permitirían la representación de algunos partidos nacionalistas, pero el resultado concreto dependería de la determinación de los distritos uninominales, siempre bajo la amenaza del *gerrymandering* (pág. 193). Con todo, el profesor OLIVER, haciendo una rigurosa valoración de la barrera electoral alemana, tanto de su regla general como de sus excepciones, no considera aconsejable trasladarla al Derecho español, ya que estaría al borde de la inconstitucionalidad, en la interpretación más favorable (pág. 196). Advierte, además, que, en el caso de que finalmente fuera adoptada, la barrera general debería ser rebajada del cinco al dos o tres por ciento de los votos

válidos emitidos en el conjunto del Estado (pág. 195); y la barrera alternativa, del triunfo en tres distritos uninominales a la victoria en uno solo (pág. 196).

b) En el último capítulo, el VII, el autor describe una técnica que, a menudo, se utiliza para dejar fuera de la atribución de escaños a candidaturas con apoyos electorales pequeños o medianos, sin alterar ni la barrera electoral ni la circunscripción ni la fórmula proporcional de reparto. Nos referimos a la reducción del número de diputados atribuidos a cada circunscripción, lo que provoca automáticamente el incremento del umbral electoral. Muestra el autor cómo en no pocas ocasiones esta técnica, que califica de "maquiavélica", se ha utilizado para cerrar el paso a formaciones políticas emergentes que amenazan con modificar el *status quo* existente. Advierte que, si se abusa de ella, un sistema electoral teóricamente proporcional puede devenir en un sistema mayoritario corregido, en donde solo dos partidos tengan posibilidades reales de obtener representantes en cada circunscripción (pág. 198). Tales observaciones son corroboradas, además, por el profesor Oliver a través del examen de dos casos concretos: el primero, una reducción de escaños aprobada en la legislación electoral de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en la legislatura 2010-2015; y, el segundo, una reducción de escaños rechazada, intentada a través del Proyecto de Ley de reforma de la Ley electoral de las Islas Baleares tramitado entre finales de 2014 y principio de 2015.

Relatadas las cuestiones más fundamentales del último de los interesantes capítulos que conforman esta obra del profesor Oliver Araujo, no me cabe más que concluir que dos son las singularidades más relevantes de la temática tratada: su complejidad y su amplitud. Características con las que el autor ha sabido lidiar a la hora de abordar el estudio y análisis crítico de las barreras electorales en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, Oliver Araujo ha convertido dificultad en accesibilidad y amplitud en claridad para hacer perfectamente asequible al lector una materia constitucional relevante y escasamente estudiada. Esta brillante obra aúna la perfecta armonía entre título, contenido y estructura, ofreciendo al lector un interesante recorrido de lo general a lo particular en el tema de las barreras electorales. Su lectura reposada resultará de gran utilidad tanto para los profesionales del Derecho Constitucional y la Ciencia Política, como para todas aquellas personas que estén interesadas en desentrañar, de nuestra realidad política, la constante y callada lucha entre gobernabilidad y representatividad, que subyace a un sinfín de decisiones políticas relevantes a menudo sustraídas del debate público. En definitiva, polivalencia, claridad y rigor técnico en todos los aspectos son las tres notas que, en mi opinión, definen a la perfección esta obra y el fascinante tema que en ella se trata: las barreras electorales.

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

Normativa de interés

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

LEY 2/2017, DE 8 DE FEBRERO, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDENACIÓN

–EXTRACTO–

(Publicado en el Diario Oficial de Galicia, núm. 28, de 9 de febrero de 2017 y en el Boletín Oficial del EStado núm. 83, de 7 de abril de 2017)

[…]

Disposición adicional cuarta. ***Supresión del cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia.***

Uno. Se suprime el cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia, regulado en el artículo 30 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.

Dos. El personal funcionario de carrera perteneciente al indicado cuerpo de letrados se integra en la escala de letrados de la Xunta de Galicia, del cuerpo superior de la Administración general de la Comunidad Autónoma, subgrupo A1, prevista en el apartado 1 de la disposición adicional octava de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, con garantía de su grado personal consolidado y de su antigüedad[1].

---

1 El artículo 30 de la Ley 30/2014, establecía:
«*Artículo 30. Letrados*
1. El Consejo Consultivo está asistido por su propio cuerpo de personal letrado, al que corresponde, bajo la dirección de la Presidencia o de las consejeras y consejeros, las funciones de estudio de los asuntos sometidos a consulta del Consejo, preparación y redacción de los correspondientes proyectos de dictámenes, informes o propuestas y demás funciones adecuadas a su condición que les atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo.
2. Su selección se efectuará de la forma siguiente:
a) Dos terceras partes, por oposición libre, entre personas con licenciatura en Derecho o poseedoras del título de grado en Derecho.
b) Un tercio, por concurso entre personal letrado de otros consejos consultivos, personal funcionario de la escala de letradas y letrados de la Xunta de Galicia o de otras comunidades autónomas y personal letrado del Parlamento de Galicia.
3. El personal letrado tendrá las incompatibilidades establecidas con carácter general para el personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, no pudiendo ejercer funciones distintas a las que le son propias, salvo la docencia o investigación que se consideren compatibles con aquellas y no perjudiquen la buena marcha del Consejo y siempre previa autorización de la Presidencia».

[…]

Disposición transitoria única. ***Personal funcionario que ocupe puestos de trabajo de letrado en el Consejo Consultivo de Galicia en el momento de la entrada en vigor de esta ley.***

El personal funcionario de carrera que en el momento de la entrada en vigor de esta ley esté ocupando puestos de trabajo que correspondían al suprimido cuerpo de personal letrado en el Consejo Consultivo de Galicia seguirá desarrollando funciones de letrado al servicio del Consejo Consultivo hasta la provisión de los correspondientes puestos de trabajo en la forma determinada en el artículo 30 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, en la redacción dada a dicho precepto por la presente ley. Este personal cesará en el momento de la provisión del puesto de trabajo si no obtiene la plaza, y quedará a disposición del órgano competente en materia de personal del Consejo Consultivo de Galicia, quien procederá a su adscripción provisional a un puesto de trabajo vacante de los correspondientes a letrados al servicio del Consejo Consultivo. Si no hubiese puesto de trabajo vacante o cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio, el Consejo consultivo lo comunicará a la consejería competente en materia de función pública, que procederá a la adscripción provisional del indicado personal a otros puestos vacantes de la escala de letrados de la Xunta de Galicia, con cambio de dependencia orgánica. En el caso de cambio de localidad, será preciso, además, la conformidad de la persona afectada.

[…]

Disposición final tercera. ***Modificación de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.***

Uno. Se modifica el apartado 6 del artículo 18 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que queda redactado como sigue:

«*6. Autorizar los gastos referentes a los servicios del Consejo*[2]».

Dos. Se modifica el artículo 22 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que queda redactado como sigue:

«*Artículo 22. Secretaría General y Secretaría del Pleno y Secciones*

---

2 La anterior redacción de este artículo era:
«***Artículo 18. Funciones de la Presidencia***
La Presidencia del Consejo Consultivo tendrá las siguientes funciones:
[…].
6. Dirigir la ejecución del presupuesto del Consejo.
[…]».

1. El Consejo Consultivo contará con una Secretaría General a la que le corresponderá:

a) La jefatura directa y la gestión administrativa en materia de personal, así como del régimen interior de los servicios y dependencias del Consejo, sin perjuicio de la superior autoridad de la Presidencia.

b) La gestión de los créditos presupuestarios en lo relativo a los actos de disposición, reconocimiento de la obligación y ordenamiento del pago.

c) La tramitación y gestión de la contratación administrativa y la administración del patrimonio.

d) La expedición de certificaciones en relación con las materias cuya gestión le esté atribuida y la custodia de la documentación que se genere en el ejercicio de sus funciones.

e) La asistencia a la Presidencia en todos los asuntos y, singularmente, preparar y redactar, cuando aquella lo considere conveniente, los proyectos de dictámenes, informes o propuestas en los asuntos que la persona titular de la Presidencia determine.

f) Aquellas otras que le sean delegadas por la persona titular de la Presidencia o le atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo.

2. El puesto de titular de la Secretaría General estará asimilado en su rango al de alto cargo. La persona titular de la Secretaría General deberá ser licenciada en Derecho, o poseedora del título de grado en Derecho, y reunir los requisitos de solvencia profesional que sean necesarios para el desarrollo de la función. Será nombrada y separada por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo Consultivo.

3. Las funciones de la Secretaría del Pleno y de las Secciones serán ejercidas por quien designe la Presidencia de entre el personal funcionario al servicio del Consejo. Ese ejercicio no generará percepción de retribuciones, dietas o indemnizaciones.

4. Corresponde a la persona que ejerza la Secretaría del Pleno y de las Secciones:

a) Dar fe de los actos del Consejo.

b) Asistir a las sesiones del Consejo con voz pero sin voto y levantar y redactar las actas de las sesiones, visadas por la persona titular de la Presidencia.

c) Custodiar la documentación del Consejo que guarde relación directa con el ejercicio de sus funciones.

d) Elaborar el orden del día de las sesiones del Pleno y de las Secciones, sometiéndolo a la aprobación de la Presidencia.

e) Efectuar, por orden de la persona titular de la Presidencia, la convocatoria de las consejeras y consejeros para las sesiones.

f) Llevar a efecto los acuerdos del Consejo.

g) Practicar los actos de comunicación del Consejo, con excepción de los que sean realizados por la persona titular de la Presidencia.

h) Expedir certificaciones de los acuerdos del Consejo, votos particulares y demás documentos confiados a su custodia, visadas por la persona titular de la Presidencia del Consejo.

i) Facilitar copia de los expedientes a las consejeras y consejeros, así como al personal letrado a quien corresponda su estudio.

j) Preparar, para su posterior aprobación por el Pleno del Consejo, el proyecto de la memoria de actividades anuales.

k) Asistir al presidente en todos los asuntos en que la requiera y sea inherente a su condición.

5. En el caso de ausencia, enfermedad o cualquier imposibilidad temporal, la persona titular de la Secretaría General y la persona funcionaria designada para desempeñar las funciones de la Secretaría del Pleno y de las Secciones se sustituirán entre sí, y, en último término, serán sustituidas por la persona que, ejerciendo funciones de letrada o letrado del Consejo, sea designada por la Presidencia[3]».

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 23 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que queda redactado como sigue:

---

3 En la anterior redacción del artículo 22 se establecía:
«***Artículo 22. Secretaría General***
1. El Consejo Consultivo contará con una Secretaría General, que será fedataria de los actos del Consejo y cumplirá las funciones que le atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento.
2. La persona titular de la Secretaría General deberá ser licenciada en Derecho y funcionaria del grupo A, subgrupo A-1, de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de otras comunidades autónomas o del Estado, o personal letrado del Consejo Consultivo o del Parlamento de Galicia. Será nombrada y cesada por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo Consultivo».

«*1. En las reuniones del Consejo Consultivo se requerirá, para la validez de las deliberaciones y de los acuerdos, la presencia de la persona titular de la Presidencia o de quien legalmente la sustituya, la de un número de consejeras o consejeros que, con la Presidencia, constituyan mayoría absoluta y la de la persona funcionaria designada para desempeñar las funciones de Secretaría del Pleno y de las Secciones o de quien la sustituya*[4]».

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que queda redactado como sigue:

«*2. Corresponde al Consejo Consultivo de Galicia establecer la organización del personal a su servicio y proponer a la Xunta de Galicia la aprobación y modificación de la plantilla y de la relación de puestos de trabajo, así como llevar a cabo los procesos de provisión de los puestos de trabajo*[5]».

Cinco. Se modifica el artículo 30 de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que queda redactado como sigue:

«*Artículo 30. Letrados*

1. El Consejo Consultivo está asistido por personal letrado, dependiente orgánica y funcionalmente de este, al que corresponde, bajo la dirección de la Presidencia o de las consejeras y consejeros, las funciones de estudio de los asuntos sometidos a consulta del Consejo, la preparación y redacción de los correspondientes proyectos de dictámenes, los informes o propuestas y las demás funciones adecuadas a su condición que les atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo. El número de plazas de letrado se determinará en la relación de puestos de trabajo.

2. La provisión de las plazas de letrados al servicio del Consejo Consultivo de Galicia, de acuerdo con la especial responsabilidad, confianza y cualificación profesional requerida, se efectuará por libre designación con convocatoria pública, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, entre personal funcionario perteneciente a la escala de letrados de la Xunta de Galicia, del cuerpo superior de la Administración general de la Comunidad Autónoma, subgrupo A1, prevista en el

---

4 El texto anterior era del siguiente tenor:
«1. *En las reuniones del Consejo Consultivo se requerirá, para la validez de las deliberaciones y acuerdos, la presencia de la persona titular de la Presidencia o de quien legalmente la sustituya, la de un número de consejeras o consejeros que, con la Presidencia, constituyan mayoría absoluta y la de la persona titular de la Secretaría General o de quien la reemplace.*»
5 El texto anterior era del siguiente tenor:
«*1. En las reuniones del Consejo Consultivo se requerirá, para la validez de las deliberaciones y acuerdos, la presencia de la persona titular de la Presidencia o de quien legalmente la sustituya, la de un número de consejeras o consejeros que, con la Presidencia, constituyan mayoría absoluta y la de la persona titular de la Secretaría General o de quien la reemplace.*»

punto 1 de la disposición adicional octava de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia. En este caso, la dependencia orgánica y funcional del Consejo Consultivo será excepción a lo previsto en el artículo 38.1 de la Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público.

Asimismo, en atención a las funciones del órgano y por razones de especialización técnica y, en su caso, de acuerdo con lo que se determine en la relación de puestos de trabajo, las plazas podrán ser cubiertas por personal perteneciente a cuerpos de letrados de la Administración general del Estado, de la administración general de otras comunidades autónomas o de otros consejos consultivos; por personal perteneciente a la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, subescala de secretaría; o por personal letrado del Parlamento de Galicia. En ningún caso esta forma de provisión supondrá la adquisición de derechos de integración en la escala de letrados de la Xunta de Galicia.

3. La convocatoria y la resolución de los procesos de provisión efectuados de acuerdo con lo indicado en el punto anterior corresponderá a la persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo.

4. El régimen jurídico del personal letrado será el establecido en esta ley y en el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo. De forma supletoria, se aplicará lo establecido para el personal funcionario en la legislación de empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia[6]».

---

6 El texto vigente hasta la entrada en vigor de esta modificación era:
«*Artículo 30. Letrados*
1. El Consejo Consultivo está asistido por su propio cuerpo de personal letrado, al que corresponde, bajo la dirección de la Presidencia o de las consejeras y consejeros, las funciones de estudio de los asuntos sometidos a consulta del Consejo, preparación y redacción de los correspondientes proyectos de dictámenes, informes o propuestas y demás funciones adecuadas a su condición que les atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo.
2. Su selección se efectuará de la forma siguiente:
a) Dos terceras partes, por oposición libre, entre personas con licenciatura en Derecho o poseedoras del título de grado en Derecho.
b) Un tercio, por concurso entre personal letrado de otros consejos consultivos, personal funcionario de la escala de letradas y letrados de la Xunta de Galicia o de otras comunidades autónomas y personal letrado del Parlamento de Galicia.
3. El personal letrado tendrá las incompatibilidades establecidas con carácter general para el personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, no pudiendo ejercer funciones distintas a las que le son propias, salvo la docencia o investigación que se consideren compatibles con aquellas y no perjudiquen la buena marcha del Consejo y siempre previa autorización de la Presidencia».

Información Institucional

A continuación se da noticia de la composición actualizada de los distintos Consejos que han modificado por distintos motivos en sus miembros.

CONSEJO DE ESTADO

Presidente

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría

Consejeros permanentes

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina
Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret
Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias
Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego
Excma. Sra. D.ª María Teresa Fernández de la Vega Sanz
Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Consejeros natos

Excmo. Sr. D. Darío Villanueva Prieto
Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López
Excmo. Sr. D. Marcos Peña Pinto
Excmo. Sr. D. Fernando Alejandre Martínez
Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito
Excmo. Sr. D. Benigno Pendás García
Excmo. Sr. D. Luis María Linde de Castro
Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón
Excmo. Sr. D. Juan Velarde Fuertes
Excmo. Sr. D. Eugenio López Álvarez

Consejeros electivos

Excma. Sra. Dª. Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós
Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín
Excma. Sra. D.ª Isabel Tocino Biscarolasaga
Excmo. Sr. D. Manuel José Silva Sánchez
Excmo. Sr. D. José Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra
Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez
Excma. Sra. D.ª Ana Palacio Vallelersundi
Excma. Sra. D.ª María Luisa Cava de Llano y Carrió

Secretaria General

Excma. Sra. D.ª Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Presidente
Hble. Sr. D. Joan Egea Fernández

Vicepresidente
Hble. Sr. D. Pere Jover i Presa

Consejero-Secretario
Iltre. Sr. D. Àlex Bas i Vilafranca

Consejeros
Iltre. Sr. D. Marc Carrillo
Iltre. Sr. D. Jaume Vernet i Llobet
Iltre. Sr. D. Francesc de Paula Caminal i Badia
Iltre. Sr. D. Carles Jaume i Fernández
Iltre. Sr. D. Margarida Gil i Domènech

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Presidente
Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès

Miembros electivos
Ilmo. Sr. D. Ferran Badosa i Coll
Ilma. Sra. D.ª Maria Mercè Darnaculleta i Gardella
Ilmo. Sr. D. Francesc Esteve i Balagué
Ilmo. Sr. Marta Franch i Saguer
Ilmo. Sr. D. Alfredo Galán Galán
Ilmo. Sr. D. Marc Marsal i Ferret
Ilmo. Sr. D. Joan Pagès i Galtés
Ilma. Sra. D.ª Eva Pons i Parera
Ilma. Sra. D.ª Isabel Pont Castejón
Ilma. Sra. D.ª Sonia Ramos i González
Ilmo. Sr. D. Lluís Saura i Lluvià
Ilmo. Sr. D. Joan Manuel Trayter i Jiménez
Ilmo. Sr. D. Antoni Vaquer Aloy

Miembros natos
Excmo. Sr. D. Carles Viver i Pi-Sunyer

Secretaria General
D.ª Francesca Mas i Casanovas

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 25, enero-junio (2016), págs.356

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidente
Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso

Consejeros electivos
Ilma. Sra. D.ª Ana Cañizares Laso
Excmo. Sr. D. Ángel Manuel López y López
Ilma. Sra. Dª María Dolores Martínez Pérez
Ilmo. Sr. D. Eduardo Román Vaca

Consejeros electivos con dedicación exclusiva
Ilma. Sra. D.ª Begoña Álvarez Civantos
Excmo. Sr. D. Rafael Escuredo Rodríguez
Ilmo. Sr. D. Marcos Jesús Gutiérrez Melgarejo
Ilmo. Sr. D. Francisco J. Gutiérrez Rodríguez
Ilmo. Sr. D. José Antonio Sánchez Galiana

Consejeros natos
Ilmo. Sr. D. Jesús Jiménez López
Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Ortega
Excmo. Sr. D. Vicente A. Oya Amate
Excma. Sra. D.ª Ana Tárrago Ruiz

Secretaria General
D.ª M.ª Angustias Linares Rojas

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Presidenta
Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez

Consejeros electivos
Ilmo. Sr. D. Enrique Fliquete Lliso
Ilmo. Sr. D. Faustino de Urquía Gómez
Ilma. Sra. D.ª Asunción Ventura Franch
Ilma. Sra. D.ª Carmen Pérez Cascales
Ilmo. Sr. D. Joan Carles Carbonell Mateu

Consejero nato
Molt Honorable Sr. D. Francisco Camps Ortiz

Secretario General
Ilmo. Sr. D. Ferran Garcia i Mengual

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Presidente
Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Consejero nato
Excmo. Sr. D. Fernando Ignacio González Laxe

Consejeros
Excmo. Sr. D. Ignacio de Loyola Aranguren Pérez
Excmo. Sr. D. José Abelardo Blanco Serrano
Excmo. Sr. D. José Antonio Fernández Vázquez
Excmo. Sr. D. Eduardo Antonio Sánchez Tato

Secretario General
Ilmo. Sr. D. José Ángel Oreiro Romar (por sustitución)

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Presidente
Excmo. Sr. D. Joaquín Manuel Sánchez Garrido

Consejeros
Excmo. Sr. D. Fernando Andújar Hernández
Excmo. Sr. D. Enrique Belda Pérez-Pedrero
Excmo. Sr. D. José Sanroma Aldea
Excmo. Sr. D. Fernando José Torres Villamor

Secretaria General
Ilma. Sra. D.ª María Soledad Rodríguez Rivero

CONSEJO DE NAVARRA

Presidente
Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza

Consejera-Secretaria
Ilma. Sra. D.ª Socorro Sotés Ruiz

Consejeros
Ilma. Sra. D.ª María Ángeles Egusquiza Balmaseda
Ilmo. Sr. D. José Luis Goñi Sein
Ilmo. Sr. D. Alfonso Zuazu Moneo

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 25, enero-junio (2016), págs.358

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

Felio J. Bauzá Martorell
Consejero del Consejo Consultivo de Baleares, Administrador Civil del Estado en excedencia, doctor en Derecho, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares, vocal permanente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, autor de monografías y artículos, ponente en congresos y jornadas.

Pablo J. Collado Beneyto
Letrado del Cuerpo de Abogados de la Generalitat Valenciana. En la actualidad ocupa la Jefatura del Servicio de Coordinación y Documentación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Es autor de «Comentario a la Ley general de subvenciones y a su Reglamento: incidencia en la Generalitat Valenciana» (Tirant lo Blanch, 2009).

Francisco López Menudo
Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Antes lo fue de la de Córdoba (1987-1992). Actualmente tiene la condición de Profesor Emérito. Académico numerario de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia y miembro de su Junta de Gobierno.
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Premio FAMA 2015 de la Universidad de Sevilla a su trayectoria investigadora de excelencia.
Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía y miembro de su Comisión Permanente desde su creación en 1994 hasta 2002. Expresidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.
Autor de diversas monografías y obras de temas muy diversos. Reconocidos todos los sexenios y quinquenios posibles, estatales y autonómicos, en reconocimiento a la investigación y a la docencia.

Pablo López Paz
Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Letrado del Consejo Consultivo de Galicia por oposición. En la actualidad pertenece al Cuerpo de Letrados de la Xunta de Galicia, con puesto en el Consejo Consultivo de Galicia. Entre los años 2013 y 2016 fue director de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento de Lugo
Máster en Derecho sanitario y Curso superior de especialista en urbanismo y el de directivos de la Administración autonómica. Colaborador en la *Revista Xurídica Galega*.

Francesca Mas Casanovas
Letrada de la Generalidad de Cataluña. Letrada de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña. Secretaria General de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña.

Albert Noguera Fernández
Jurista y politólogo. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat de València. Sus principales líneas de investigación son la teoría de los derechos, los derechos sociales, constitucionalismo latinoamericano y Poder Constituyente.

Pau Monzó Báguena
Letrada del Consell Jurídic Consultiu del Comunitat Valenciana.

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Profesora ayudante doctora de la Universidad de las Islas Baleares. Máster en Sistema de Justicia Penal por la Universidad de Lleida, es Especialista en Derecho público y en Derecho de los tribunales, así como Premio Extraordinario de carrera (2012) y Mención Sebastià Palmer Cabrer a la Excelencia Académica (2011).
En el campo de la investigación, su principal línea de trabajo es la delincuencia informática, materia que fue objeto de su tesis doctoral, con la que obtuvo la calificación de sobresaliente *Cum Laude* y la Mención Internacional de Doctorado. Ésta se encuentra actualmente en prensa y será publicada por la Editorial Tirant lo Blanch con el título: "Acceso ilícito a un sistema informático". Además, ha realizado más de un año de estancias de investigación en Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Ha participado en diversos proyectos de investigación nacionales y ha efectuado diferentes contribuciones en libros colectivos y revistas indexadas.

Elisa Moreu Carbonell
Miembro del Consejo Consultivo de Aragón. Es profesora titular de Derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza desde 2005. Ha realizado estancias de investigación de más de dos años de duración en las Universidades de Bochum (Alemania), La Sorbona (Francia), Friburgo (Alemania), Pontificia Universidad Católica de Santiago de Chile (Chile) y Universidad de Pau (Francia).
Autora y editora de cuatro monografías; ha colaborado en más de 70 libros colectivos y revistas jurídicas, tanto nacionales como internacionales. Ha defendido ponencias y comunicaciones en más de 25 congresos, ha participado en 20 proyectos de investigación de carácter competitivo y cuenta con variadas actividades de transferencia de resultados.
Desde 2010 es jurista del Comité Ético de Investigación Clínica de Aragón (CEICA) y desde 2007 del consejo de redacción del "Foro de Urbanismo" de la Revista Lefebvre-El Derecho.

Estela Ramón García
Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo. Letrada del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. Ingresó en este Cuerpo por oposición en junio de 2016.

José Suay Rincón
Magistrado de la Sala III del Tribunal Supremo.
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria desde 1991, ha ejercido profesor en otras Universidades e impartido docencia de diversas licenciaturas. Es autor de varias monografías y de más de un centenar de publicaciones y evaluador de distintas revistas e instituciones y ha dirigido tesis doctorales y sido miembro de tribunales de tesis y oposiciones.
Ejerció como magistrado suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y fue consejero del Consejo Consultivo de Canarias.

Carlos Yáñez Díaz
Letrado secretario de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Master en Política Territorial y Urbanística por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido letrado de la Comunidad de Madrid destinado en los Servicios Jurídicos Centrales (contencioso), en las Consejerías de Transportes, Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio y en la Subdirección General de lo Consultivo como Letrado Coordinador. Subdirector General de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales (2008). También ha sido letrado del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Coautor en diversas monografías sobre procedimiento administrativo, derecho urbanístico y contratación pública. Autor de artículos sobre organización administrativa, derecho medioambiental y contratos públicos.

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat de València.

Enrique F. Fliquete Lliso
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Faustino de Urquía Gómez
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Magistrado emérito de la Audiencia Provincial de Alicante.

Asunción Ventura Franch
Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat Jaume I de Castelló.

Mª Carmen Pérez Cascales
Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana. Abogada.

Joan Carles Carbonell Mateu
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.

Francisco Camps Ortiz
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.

Vicente Garrido Mayol
Presidente de honor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Abogado.

José R. Díez Cuquerella
Consejero-Vicepresidente emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Fiscal en excedencia. Abogado.

Vicente Cuñat Edo
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Abogado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Alberto Jarabo Calatayud
Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Ana Castellano Vilar
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Joan Ignasi Pla i Durà
Abogado. Técnico de Administración General en excedencia.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Federico Fernández Roldán
Ex Consejero emérito Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.

María Luisa Mediavilla Cruz
Magistrada.
Ex Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.

Secretario:
Fernando García Mengual
Secretario General del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA* PARA LOS AUTORES

1. Temas de interés. La *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)* publica trabajos de investigación originales sobre la función consultiva en el ámbito jurídico.

2. Envío de originales. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en castellano, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia), y además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM a la dirección:

Revista Española de la Función Consultiva
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Palacio de Santa Bárbara
Pza. de San Nicolás, 2
46001 València

bien por correo electrónico a la dirección
refc@gva.es

3. Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12, con interlineado doble en el cambio de párrafo. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (y su traducción al inglés), sumario del artículo, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) Bibliografía. Las referencias bibliográficas, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en versales, del autor, bajo el título "Bibliografía" y al final del original. Ejemplo:

Ruiz Miguel, C., Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos. Madrid: Dykinson, 1995.

Bosch Benítez, O., Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico. *Actualidad Administrativa*, 1987, nº 44, pp. 2.497-2.511.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: Cano Bueso (2010a) y Cano Bueso (2010b).

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

c) Citas. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas, a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación. La *Revista Española de la Función Consultiva* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos atendiendo a los informes de, al menos, dos evaluadores externos y anónimos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Esta decisión se comunicará al autor y, en caso afirmativo, se le indicará el número de la REFC en el que se incluirá el trabajo.

Los artículos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas modificaciones.

Los artículos que hayan sido solicitados a sus autores por la REFC y aquellos que deriven de ponencias y comunicaciones en Jornadas y Seminarios no serán sometidos al proceso al que se refiere esta norma.

6. *Copyright*. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) expresamente y por escrito a la *REFC,* en exclusiva*,* los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Reseñas. La REFC no publica reseñas ni recensiones de libros, salvo las expresamente solicitadas.

8. Advertencia. Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

9. Responsabilidad. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores.

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

Función Consultiva

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Suscripción anual (dos números):

- España: 30 € (gastos de envío incluidos).
- Europa: 44 € (gastos de envío incluidos).
- Países no europeos: 66 € (gastos de envío incluidos).

DATOS DEL SUSCRIPTOR

Nombre _____ NIF/CIF _____
Dirección _____
Localidad _____ Código postal _____
Provincia _____ E-mail _____
Teléfono _____ Fax _____

FORMA DE PAGO

- Ingreso en la cuenta corriente de Caixabank: ES90 2100 6621 8522 0018 2947
- Transferencias internacionales: ES90 2100 6621 8522 0018 2947

La suscripción no quedará formalizada hasta recibir copia del comprobante del ingreso realizado.

FECHA Y FIRMA

Remitir el boletín de suscripción a:

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Biblioteca.
Palacio de Santa Bárbara. Plaza de San Nicolás, 2. València 46001.
E-mail: refc@gva.es

Adquisición de ejemplares sueltos en Llibreries Llig:

C/ Navellos, 15
46003 València
Tel.: 963 425 856
Fax: 963 425 855
E-mail: llig@gva.es

C/ Major, 78
(Casa dels Caragols)
12001 Castellón de la Plana
Tel.: 964 358 270
Fax: 964 358 271

Av. del Doctor Gadea, 10
(Casa de las Brujas)
03001 Alicante
Tel.: 965 935 408
Fax: 965 935 405